

Université de Neuchâtel

Faculté de droit et des sciences économiques

Le recours en revision

spécialement en procédure civile neuchâteloise

Thèse

présentée à la faculté de droit

et des sciences économiques

pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Philippe Schweizer

1985



IMPRIMERIE STÄMPFLI & CIE SA BERNE

Université de Neuchâtel

Faculté de droit et des sciences économiques

Monsieur Philippe Schweizer est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «Le recours en revision spécialement en procédure civile neuchâteloise».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 30 mars 1985

Le doyen
de la faculté de droit
et des sciences économiques
FRANÇOIS KNOEPFLER

Le même ouvrage a été publié aux Editions Stämpfli & Cie SA à Berne comme fascicule 498 de la série

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

fondée par le professeur Max Gmür, continuée par les professeurs Théo Guhl et Hans Merz, dirigée par Heinz Hausheer, docteur en droit, juge fédéral à Lausanne.

Merci à MM. Henri Schüpbach et Jacques-Michel Grossen, professeurs, pour le temps qu'ils ont bien voulu nous consacrer, ainsi que pour leurs précieux conseils.

Qu'il nous soit permis de remercier également Patricia, qui a dactylographié les manuscrits avec une diligence à la mesure de sa gentillesse, et ceux qui nous ont soutenu ou supporté tout au long de cette aventure: La Sim, Le Rob, Do, Christian, Manigloche, Pinpin, François, Colirane, Bourbon, Lapi, Miles Davis et Madame Zoé.



Editions Stämpfli & Cie SA Berne · 1985
Printed in Switzerland

à Double Croche

Table des matières

Bibliographie	11
Abréviations	18
Avant-propos	21
I. Partie générale	23
1. De quelques notions fondamentales	23
I. L'accès à la justice et l'action	23
II. La vérité judiciaire	27
III. Le jugement et ses effets	40
1. Le jugement	40
2. Les effets généraux du jugement	42
3. L'autorité de la chose jugée et la force de chose jugée	43
IV. Les recours	59
1. Le recours en tant qu'action	59
2. Le système des recours	68
A. En général	68
B. Les critères de délimitation	68
C. Le système des recours classique	71
2. Caractères généraux de la revision	72
I. L'ouverture à revision envisagée abstraitement	72
II. Le domaine naturel de la revision	82
III. Le «principe de revision»	87
1. La portée de la question	87
2. L'idée de H. F. Gaul	88
3. Le point de vue de J. Braun	90
4. Synthèse	93
IV. La revision et la chose jugée	96
1. Les termes de l'opposition	96
2. La relation sur le plan subjectif	97
3. La relation sur le plan objectif	97
4. La relation sur le plan temporel	103
II. Partie spéciale	107
1. La revision dans le contexte du droit judiciaire privé neuchâtelois	107
I. Le principe d'immutabilité et ses limites	107
II. La revision, les autres recours et les moyens apparentés du droit neuchâtelois	114
1. La réforme	114
2. Le relief de délai	115
3. Le relief de défaut	116
4. L'incident, en particulier l'inscription en faux	117
5. L'appel	119

6.	Le recours en cassation	120
7.	La demande en interprétation	120
8.	La tierce opposition	121
III.	La revision et les voies de recours de droit fédéral	121
1.	Le recours en réforme	121
2.	Le recours en nullité	123
3.	Le recours de droit public	123
4.	La demande en revision et en interprétation	124
IV.	Le cas de l'action civile jointe au procès pénal	124
2.	Les conditions d'admission de la demande	126
I.	Délimitation	126
II.	Les conditions subjectives de recevabilité	129
1.	Remarque préliminaire	129
2.	La qualité pour recourir	130
A.	Les parties	130
B.	Les successeurs universels	131
C.	Les successeurs particuliers	131
D.	Les consorts	132
a)	Les consorts simples	132
b)	Les consorts nécessaires	133
E.	L'intervenant	133
F.	Le dénoncé	136
G.	Le défaillant	137
3.	La qualité pour être intimé	137
4.	L'intérêt	139
III.	Les conditions objectives de recevabilité	143
1.	Compétence	143
2.	L'acte attaqué	147
A.	Le jugement au fond	147
B.	Cas particuliers	151
a)	L'acte de juridiction gracieuse	151
b)	Le jugement sur moyen préjudiciel	152
c)	Le jugement séparé	154
d)	La décision relative à l'avancement du procès, y compris le jugement sur incident	159
e)	L'ordonnance de mesures provisoires	160
f)	Les actes de disposition assimilés au jugement	163
g)	L'ordonnance de classement et la décision sur frais et dépens	167
h)	Le jugement et la décision sur recours	169
1.	Le problème	169
2.	Irrecevabilité du recours	171
3.	Rejet du recours	172
a.	Le pourvoi en cassation	172
b.	L'appel	172
c.	Le recours en réforme	174
d.	Le recours en nullité	176
e.	Le recours de droit public	176
f.	Le recours en revision de droit fédéral	177
4.	Annulation de l'acte attaqué	178
a.	En général	178
b.	Le pourvoi en cassation	178
c.	L'appel	179
d.	Le recours en réforme	179

e. Le recours en nullité	180
f. Le recours de droit public	181
g. Le recours en revision de droit fédéral	181
5. Réformation	181
6. Dévolution partielle et jugements complexes	182
i) Le jugement consécutif à une demande en revision et le jugement attaqué par voie de revision	183
j) Le jugement consécutif à une demande en divorce	186
3. Le délai	190
A. En général	190
B. Point de départ	190
C. Echéance	199
D. Preuve du respect	199
4. La forme et le contenu du recours	201
A. Forme	201
B. Contenu	204
a) Les allégations	204
b) Les preuves	205
c) Les motifs juridiques	206
d) Les conclusions	206
IV. La préservation du droit à la revision	207
1. L'observation du devoir de diligence incombant aux plaideurs	207
2. L'absence de renonciation à recourir	212
V. Les ouvertures à revision	215
1. En général	215
A. La systématique de l'art. 403 CPCN	215
B. La causalité hypothétique	219
a) L'harmonisation jurisprudentielle	219
b) Causalité directe et indirecte	219
c) Causalité concrète et abstraite	221
d) Valeur de référence matérielle et procédurale	222
2. Les ouvertures relatives à des pièces	224
A. La pièce	224
B. La rétention	225
a) En général	225
b) Rétention par un cas de force majeure	226
c) Rétention par le fait de la partie qui a obtenu le jugement	227
C. Le recouvrement (renvoi)	228
D. La fausseté	228
E. La reconnaissance et la déclaration (renvoi)	234
F. L'ignorance	235
3. Les ouvertures relatives à des déclarations faites en justice	236
A. Principes communs	236
B. Le faux témoignage	237
C. Le faux serment	239
4. La machination frauduleuse	240
A. Remarques générales	240
B. La loyauté en procédure	241
C. Le domaine d'application de l'article 403 ch. 4 CPCN	247
5. Les ouvertures admises par la jurisprudence	250
A. Le jugement S. c. B.	250
B. Le cas de la cassation par voie de conséquence	253
3. L'instance en revision	253
1. La structure de l'instance	253

II. Le rescindant	260
1. L'objet du litige	260
2. L'introduction de la demande et ses effets	261
3. L'instruction et les débats	265
A. Principes de procédure communs	265
B. Les incidents de l'instruction	270
C. Les mesures provisionnelles	272
D. L'administration des preuves	274
E. Les débats	275
4. Le jugement rescindant	277
A. Objet	277
B. Nature	277
C. Effets	279
a) En général	279
b) Les opérations préalables au jugement rétracté	280
c) Les opérations postérieures au jugement rétracté	282
5. Les voies de recours contre le jugement rescindant	286
6. Les frais et dépens	289
III. Le rescisoire	289
1. L'objet du litige	289
2. Les nova	291
3. L'instruction et les débats	294
4. Le jugement rescisoire	295
A. Nature	295
B. Effets	296
5. Les voies de recours contre le jugement rescisoire	298
6. Les frais et dépens	298
III. Partie critique	299
I. La liberté du législateur cantonal en matière de revision	299
I. Introduction	299
II. Droit matériel et droit de procédure	300
III. Droit fédéral et droit cantonal	302
1. En général	302
2. Le droit d'action	303
3. L'objet du litige	303
4. La litispendance	304
5. L'autorité de la chose jugée	304
6. Synthèse	305
IV. La revision	306
1. La revision et la forclusion	306
2. La revision et l'action	311
3. L'application uniforme du droit fédéral	312
A. L'action en dommages-intérêts	312
B. L'action fondée sur l'enrichissement illégitime	316
C. L'inefficacité des actes mixtes	316
4. Conclusion	321
2. Critique et suggestions de lege ferenda	323
I. Remarques générales	323
II. Les faits	323

1. L'immutabilité	323
2. La réforme	324
III. Les preuves	326
1. Le système	326
2. L'audition des parties	326
3. L'obligation de produire des titres	327
4. L'ordonnance de preuves	328
5. La conservation de la preuve	328
IV. La revision	331
1. Les concours	331
2. Les conditions subjectives de recevabilité	331
3. Les conditions objectives de recevabilité	332
A. La compétence	332
B. L'acte attaqué	332
C. Le délai de recours	334
D. La forme et le contenu du recours	335
E. La renonciation et le retrait	336
4. Les ouvertures	336
A. En général	336
B. La renonciation au lien de pertinence direct	339
C. L'abandon de la preuve qualifiée	341
D. L'invalidité du désistement, de l'acquiescement et de la transaction	345
E. L'exploitation d'une preuve irrégulière	346
5. La procédure	352
6. Les recours	352
3. Conclusion	353

Bibliographie

- ANASTASI LORENZO: Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese, thèse, Zürich 1981.
- BÄRISWYL GEORGES: Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung des französischen, deutschen und österreichischen Zivilprozessrechts, thèse, Berne 1922.
- BAERLOCHER RENÉ-JACQUES: Das Rechtsmittelsystem des baselstädtischen Zivilprozessrechts, thèse, Bâle 1964.
- BALLY PETER: Das Rechtsmittel der Revision nach kantonalem Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Zulassung beim Ehescheidungs Urteil nach Wiederverheiratung eines der Ehegatten, thèse, Bâle 1949.
- BALMER PETER: Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht, in RDS 1969 II 293 ss.
- BAUMBACH A./LAUTERBACH W./ALBERS J./HARTMANN P.: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 43^e éd., München 1985 (cit. Baumbach/Lauterbach).
- BEHRE OTTO PETER: Der Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens, thèse, Hamburg 1968.
- BELLOT PIERRE-FRANÇOIS: Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, Genève 1821.
- BERGMANN OTTO LEONHARDT: Probleme der Wiederaufnahme nach Art. 397 StGB, sans date, thèse bernoise non publiée.
- BERNHARDT WOLFGANG: Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München/Berlin 1949, p. 10 ss.
- BETTERMANN KARL AUGUST: Anfechtung und Kassation, in ZZP 88 p. 367 ss.
- BINDER HANS: Das Verhältnis der Berufung an das Bundesgericht zu den ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln, thèse, Zürich 1933.
- BERCHMEIER WILHELM: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 unter Berücksichtigung der Schluss- und Übergangsbestimmungen (OG), Zürich 1950.
- BLANC E./VIATTE J.: Nouveau CPC commenté par ordre des articles, Paris 1977, mise à jour janvier/octobre 1984.
- BLOMEYER JÜRGEN: Schadenersatzansprüche des im Prozess Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, thèse d'habilitation, Köln 1972.
- BOITARD J. E./COLMET-DAAGE G.-F./GLASSON E.: Leçons de procédure civile, 14^e éd., tome II, Paris 1885 (cit. Boitard).
- BOMSDORF FALK: Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, thèse, Kiel 1971.
- BONNARD CLAUDE: De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse, Lausanne 1948.
- BOYER LOUIS: Réflexions sur la requête civile, in RTrim. 1956 p. 55 ss.
- BRAUN JOHANN: Rechtskraft und Restitution, I. Teil, thèse, Mannheim 1979.
- BRINER ROBERT GEORG: Das Rechtsmittel Dritter in den schweizerischen Zivilprozessordnungen, thèse, Zürich 1979 (cit. Briner, Rechtsmittel).
- BRINER ROBERT: La revision des sentences arbitrales dans les cantons faisant partie du Concordat intercantonal sur l'arbitrage, in Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international, Zürich 1984, p. 285 ss. (cit. Briner, revision).
- BRUMANN MAX: Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1928.
- BRUNNER HANS-RENÉ: Die tierce-opposition des französischen Zivilprozessrechts und verwandte Institute im schweizerischen Recht, thèse, Zürich 1958.
- BRUNS RUDOLF: Zivilprozessrecht – Eine systematische Darstellung, 2^e éd., München 1979 (cit. Bruns, ZPR).
- BUCHER JÖRG: Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, thèse, Berne 1951.
- BÜHLER WALTER/SPÜHLER KARL: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Das Eherecht – Die Ehescheidung, Art. 137–158 ZGB, Berne 1980 (cit. Bühler/Spühler).
- BÜRKLI WERNER: Rechtskraftprobleme in Eheprozessen unter besonderer Berücksichtigung der die Scheidungsklage abweisenden Urteile, thèse, Zürich 1952.

- CASANOVA HUGO: Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten insbesondere nach Art. 41 ff. OR, thèse, Fribourg 1982.
- CATALA P./TERRE F.: Procédure civile et voies d'exécution, 2^e éd. Paris 1976 (cit. Catala/Terre).
- CELEBI MUSTAFA: Du faux témoignage spécialement en droit suisse, thèse, Neuchâtel 1950.
- CLERC FRANÇOIS: Des conditions de fond de pourvoi en révision visé par l'article 397 du Code pénal suisse, in *Recueil de travaux offerts à la Société suisse des juristes à l'occasion de la 80^e assemblée générale*, Neuchâtel 1946, p. 37 ss.
- CORNU GÉRARD/FOYER JEAN: Procédure civile, Paris 1958 (cit. Cornu/Foyer).
- DESEIOLLES MARCEL: Das Rechtsmittel der Revision – Eine vergleichende Darstellung im zürcherischen Zivil- und Strafprozessrecht, thèse, Zürich 1940.
- DESCHENAU HENRI: Le titre préliminaire du Code civil – Traité de droit civil suisse, Tome II, 1, Fribourg 1969 (cit. Deschennaux).
- DÖHRING ERICH: Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess – Beweiserhebung und Beweiswürdigung, Berlin 1964.
- DUNAND WILLIAM: Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, thèse, Genève 1940.
- DU PASQUIER CLAUDE: Essai sur la nature juridique du faux en écritures, thèse, Lausanne 1909.
- DUTOIT B./KNOEPFLER F./LALIVE P./MERCIER P.: Répertoire de droit international privé suisse, Tome I, Berne 1982 (cit. Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier).
- EGLI JEAN-FRANÇOIS: L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers (aperçu de quelques questions), in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 7 ss.
- EICHENBERGER KURT: Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, in *RDS 1969 II* 467 ss.
- FEHR HANSJÖRG: Das Novenrecht – Seine Ausgestaltung in der Apellation der schweizerischen Zivilprozessordnungen, thèse, Zürich 1949.
- FLEINER THOMAS: Recht – Sprache – Wirklichkeit, in *Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie*, Band 19, 1972, p. 165 ss.
- FORNI ROLANDO: Svista manifesta, fatti nuovi e prove nuove nella procedura di revisione davanti il Tribunale federale, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener*, Zürich 1973, p. 83 ss.
- FRITZSCHE HANS: Richteramt und Persönlichkeit – Wahrheit und Lüge im Zivilprozess, Zürich 1921.
- FURRER PETER: Das Verschulden der Parteien im Zivilprozess, in *Jahrbuch der Basler Juristenfakultät* 1950, p. 140 ss.
- GARSONNET E./CÉZAR-BRU CH.: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3^e éd., Tome VI, Paris 1915 (cit. Garsonnet/Cézar-Bru).
- GAUL HANS FRIEDHELM: Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, thèse, Frankfurt 1956 (cit. Gaul, Grundlagen).
- Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, in *AcP* 168 p. 27 ss. (cit. Gaul, Zweck).
 - Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutigen Stand, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Tome I, Köln 1978, p. 443 ss. (cit. Gaul, Rechtskraft).
- GEIGER JÖRG: Streifenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechts, thèse, Zürich 1969.
- GERWIG MAX: Art. 2 ZGB und die Wahrheitspflicht im Prozess, in *Festschrift für A. Simonius*, Biele 1955, p. 91 ss.
- GILLES PETER: Der Umfang von Aufhebung und Neuverhandlung im prozessualen Wiederaufnahmeverfahren, thèse, Frankfurt 1965 (cit. Gilles, Umfang).
- Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens (Iudicium rescindens), in *ZZP* 78 p. 466 ss. (cit. Gilles, Systematik I).
 - Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens (Iudicium rescissorium), in *ZZP* 80 p. 391 ss. (cit. Gilles, Systematik II).
 - Rechtsmittel im Zivilprozess – Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, thèse d'habilitation, Frankfurt 1972 (cit. Gilles, Rechtsmittel).
- GLOOR ALAIN: Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1982.

- GRASS JOSIAS: Probleme der materiellen Wahrheit nach der bündnerischen Zivilprozessordnung vom 3. März 1907, thèse, Zürich 1945.
- GRAVEN JEAN: Le principe de l'autorité de la chose jugée et son application en procédure civile suisse, in Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 18, Genève 1964, p. 225 ss.
- GRÜNINGER EMANUEL: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (vom 16. Dezember 1943) mit Anmerkung aus Revision und Rechtspflege, Zürich 1945.
- GRZEGORCZYK CHRISTOPHE: Le jugement juridique en tant que jugement pratique (implication théorique), in Archives de philosophie du droit, Tome 28, p. 323 ss.
- GULDENER MAX: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zürich 1979 (cit. Guldener, ZPR).
- Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, thèse d'habilitation, Zürich 1942 (cit. Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde).
 - Treu und Glauben in Zivilprozess, in SJZ 1943 p. 389 ss., 405 ss. (cit. Guldener, Treu und Glauben).
 - Über die Rechtskraft von Scheidungsurteilen, in SJZ 1950 p. 17 ss. (cit. Guldener, Rechtskraft).
 - Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954 (cit. Guldener, freiwillige Gerichtsbarkeit).
 - Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955 (cit. Guldener, Beweiswürdigung).
 - Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, in RDS 1961 II 1 ss. (cit. Guldener, Bundesprivatrecht).
- HABSCHIED WALTHER J.: Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981 (cit. Habscheid, DJP).
- Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé, in Liber amicorum Adolf F. Schnitzer, Genève 1979, p. 179 ss. (cit. Habscheid, l'autorité).
 - Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin/Heidelberg/New York, p. 840 ss. (cit. Habscheid, Persönlichkeitsrecht).
 - Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, in Juristische Rundschau 1958 p. 361 ss. (cit. Habscheid, Spannungsfeld).
 - Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, in SJZ 1978 p. 201 ss., 219 ss. (cit. Habscheid, Rechtskraft).
 - Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, thèse d'habilitation, Bonn 1956 (cit. Habscheid, Streitgegenstand).
- HAEGI ERNST: Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1974.
- HAEMMERLI JÖRG: Die Abänderung und die Anfechtung von prozessleitenden Erlassen, thèse, Zürich 1955.
- HAGENBÜCHLE ANTON: Das Rechtsmittel der Beschwerde nach thurgauischem Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1943.
- HAUS OTTO: Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, thèse, Zürich 1981.
- HAUSER MARC-THOMAS: Informationsbeschaffung als Rechtsproblem, thèse, Zürich 1978.
- HÉBRAUD PIERRE: Requête civile, in Encyclopédie Dalloz, 1^{re} éd., Paris 1956.
- HELBURG LISELOTTE: Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechts, thèse, Zürich 1956.
- HENCKEL WOLFRAM: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, thèse d'habilitation, Heidelberg 1961 (cit. Henckel, Parteilehre).
- Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970 (cit. Henckel, Prozessrecht).
- HERZOG PETER: Die Editionspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung unter Berücksichtigung der Editionspflicht aufgrund des Bundesprivatrechts, thèse, Zürich 1980.
- HEUSLER ANDREAS: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923.
- HINDERLING HANS: Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, 3^e éd., Zürich 1967, réimpression 1979, et Zusatzband, Zürich 1981.
- HUG PETER: Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess (...), thèse, Zürich 1943.
- JACOTET HENRI: Le droit civil neuchâtelais - Droit des obligations, Neuchâtel 1877.
- JAUERNIG OTHMAR: Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt 1958 (cit. Jauernig, Zivilurteil).
- Zivilprozessrecht, 20^e éd., München 1983 (cit. Jauernig, ZPR).
- JAUFFRET ALFRED: Manuel de procédure civile et voies d'exécution, 11^e éd., Paris 1973.
- JEANPRÊTRE RAYMOND: L'expédition et la réception des actes de procédure et des actes juridiques, in SJZ 1973 p. 349 ss.
- JOHANNSEN KURT: Rechtfertigung und Begrenzung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 ZPO, in Festschrift für den 45. deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964, p. 81 ss.

- JOLIDON PIERRE: Vérité, justice et procédure civile, in ZBJV 1973 p. 177 ss.
- JOLY ANDRÉ: Recours en revision, in Encyclopédie Dalloz, 2^e éd., Paris, mise à jour 1980.
- KÄLIN WALTER: Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1984.
- KAUPER KARL GEORG: Zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im deutschen und schweizerischen Zivilprozess, thèse non publiée, Bâle 1965.
- KEHL ROBERT/KEHL DIETER: Die Abänderung und Ergänzung von Scheidungs- und Trennungsurteilen, deux volumes, Zürich 1974-1975.
- KEITEL BURKHARDT: Rechtskräftiges Urteil und neue Tatsache im Zivilprozess, thèse, Marburg 1971.
- KLOPPER RAINER: Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich, thèse, Zürich 1977.
- KNECHT HEINZ: Die Abänderungsklagen, thèse, Zürich 1954.
- KONZEN HORST: Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien (...), thèse d'habilitation, Mainz 1976.
- KUMMER MAX: Grundriss des Zivilprozessrechts, 3^e éd., Berne 1984 (cité Kummer, Grundriss).
- Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, thèse d'habilitation, Berne 1954 (cité Kummer, Klagerecht).
 - Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht - Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Berne 1962/1966, p. 612 ss.
- LEUCH GEORG: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern samt einem Anhang zugehöriger Erlasse (Kommentar), 3^e éd., Berne 1956.
- LOGOZ PAUL: Commentaire du Code pénal suisse, partie spéciale II, Neuchâtel/Paris 1956.
- LOOSLI HANS RUDOLF: Information und Kommunikation im Zivilprozessverfahren des Kantons Zürich als Garant der Rechtsverwirklichung - Ein Beitrag zur Lehre der juristischen Rhetorik, thèse, Zürich 1981.
- LUDWIG PETER: Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in ZBJV 1974 p. 161 ss.
- MARCHETTI CLAUDIO: Dolo revocatorio e falsa allegazione, in RDP 1960 p. 419 ss.
- MARTI HANS: Die staatsrechtliche Beschwerde mit Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zum 1. August 1978, 4^e éd., Bâle/Stuttgart 1979 (cité H. Marti).
- MARTI HANSPETER: Das Neue Recht der bernischen Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918, thèse, Berne 1963 (cité HP. Marti).
- MEIER ISAAK: Iura novit Curia - Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1975 (cité Meier, Iura).
- Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, thèse d'habilitation, Zürich 1983 (cité Meier, Grundlagen).
- MENZEL RUDOLF: Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozesses, thèse, Zürich 1951.
- MOREL RENÉ: Traité élémentaire de procédure civile, 2^e éd. Paris 1949.
- MOTULSKY HENRI: Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée, in D. 1968, Chroniques, p. 1 ss.
- MÜLLER MAX: Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, thèse, Fribourg 1954 (cité M. Müller).
- MÜLLER WERNER: Die irreführende Prozessführung auf Grund der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. April 1913, thèse, Zürich 1946 (cité W. Müller).
- OEHLER BEAT: Die Wiederherstellung im Aargauischen Zivilprozess, thèse, Berne 1948.
- OFTINGER HUGO: Der Zeugenbeweis im aargauischen Zivilprozess, thèse, Fribourg 1958 (cité H. Oftringer).
- OFTINGER KARL: Schweizerische Haftpflichtrecht - Erster Band - Allgemeiner Teil, 4^e éd., Zürich 1975 (cité K. Oftringer).
- ORFANIDES GEORGIOS: Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozess, thèse, Köln 1982.
- OSTERVALD SAMUEL: Les loix, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel et Valangin, Neuchâtel 1785.
- OSTERWALDER PETER: Die Rechtshängigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1981.
- PAILLARD RENÉ A.: Le témoignage en justice - Etude psychologique et judiciaire, thèse, Genève 1962.
- PERROT ROGER: Chose jugée, in Encyclopédie Dalloz, 2^e éd., Paris, mise à jour 1978 (cité Perrot, chose jugée).
- Droit judiciaire privé, les cours de droit, 2 volumes, Paris 1980-81 (cité Perrot, cours).

- PETERS EGBERT: Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, in ZZZ 76 p. 145ss.
- PFÄFFLI PAUL: Das falsche Zeugnis (Art. 307–309 StGB), thèse, Berne 1962.
- PFISTER HANS PETER: Gerichtlicher Vergleich, Klagrückzug und Klaganerkennung unter besonderer Berücksichtigung des baselstädtischen Zivilprozessrechts, thèse, Bâle 1977.
- PIQUET OLIVIER: L'exception de chose jugée spécialement en procédure civile vaudoise, thèse, Lausanne 1956.
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS: La sanction de l'autorité de la chose jugée en matière de divorce, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, p. 253 ss. (cité Poudret, l'autorité).
- POUDRET J.-F./WURZBURGER A.: Code de procédure civile vaudois et Concordat sur l'arbitrage annotés et commentés, 2^e éd., Lausanne 1980 (cité Poudret/Wurzbürger).
- PROEST PETER: Die Einrede der res iudicata im schweizerischen und deutschen Ehescheidungsprozess unter Mitberücksichtigung des Staatsvertrages Schweiz-Deutschland vom 2. November 1929, thèse, Zürich 1971.
- RAMER PAUL: Die prozessualen Gestaltungsfragen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, thèse, Zürich 1973.
- RAPP JEAN-MARC: Le cumul objectif d'actions – Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse, Lausanne 1982.
- ROBERT CHRISTIAN-NILS: le «faux intellectuel» privé; un titre pénalement très contesté, in SJ 1983 p. 417ss.
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ: Zivilprozessrecht, 13^e éd., München 1981 (cité Rosenberg/Schwab).
- ROTH-GROSSER ELISABETH: Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung Zivilprozessrecht-Bundesprivatrecht, thèse, Zürich 1981.
- RÜEDE THOMAS/HADENFELD REIMER: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (cité Rüede/Hadenfeldt).
- RUST BALZ: Die Revision im Zürcher Zivilprozess, thèse, Zürich 1981.
- SCHAAD PETER: Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, in RDS 1969 II 21 ss.
- SCHIEDERMAIR GERHARD: Zum Verhältnis von Wiederaufnahmeverfahren und Vorprozess, in Festschrift für Hans Döle, Band 1, Tübingen 1963, p. 329ss.
- SCHMID JOHANN MARTIN: Materielle Wahrheit und Eventualmaxime im bündnerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Novenrechts, thèse, Zürich 1975.
- SCHOCH SUSANNE: Das intertemporale Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1959.
- SCHULTZ HANS: Der gerichtliche Vergleich unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918, thèse, Berne 1939.
- SCHÜPBACH HENRI: Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse, Neuchâtel 1961 (cité Schüpbach, cassation).
- Les vices de la volonté en procédure civile, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, p. 6ss. (cité Schüpbach, vices).
- SCHWAB KARL HEINZ: Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, in ZZZ 77 p. 124ss. (cité Schwab).
- SCHWANDER VITAL: «Iura novit curia» und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, in Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönbberger (...) offerts à l'occasion de son 70^e anniversaire, Fribourg 1968, p. 199ss.
- SCHWARTZ PAUL: Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973.
- SCYBOZ GEORGES: L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile, thèse, Fribourg 1976.
- SIEGRIST EDGAR: Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938.
- SIGG-MEIERHANS ELISA: Staatsrechtliche Beschwerde und kantonales Zivilprozessrecht, thèse, Zürich 1973.
- SOLIVA CLAUDIO: Das Rechtsmittel der Revision im bündnerischen Zivilprozess, thèse, Zürich 1959.
- SPIRO KARL: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-Verwirkungs- und Fatalefristen, 2 volumes, Berne 1975.

- STAEHELIN ADRIAN: Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht, in RDS 1975 II 13 ss. (cité Staehelin, Berufung).
- Rechtsnatur und Anfechtung der Scheidungskonvention, in Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, Bâle 1976, p. 281 ss. (cité Staehelin, Anfechtung).
- STAEHELIN ERNST: Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn, thèse, Bâle 1981 (cité E. Staehelin).
- STEIN F./JONAS M./GRUNSKY W./LEIPOLD D./MÜNZBERG W./SCHLOSSER P./SCHUMANN E.: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20^e éd., Tübingen, 1977-1978-1980-1981 (cité Stein/Jonas).
- STEINMANN CHRISTIAN: Die Zivilprozessordnungen der Kantone Zürich, Schwyz, Unterwalden (ob und nid dem Wald), St. Gallen, Appenzell (beider Rhoden), Schaffhausen und Thurgau, thèse, Zürich 1980.
- STRATENWERTH GÜNTHER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Band II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 3^e éd., Berne 1984.
- STRÄULI H./MESSMER G./WIGET F.: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, 2^e éd., Zürich 1982 (cité Sträuli/Messmer).
- STUDER PAUL: Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der zürcherischen Zivilprozessordnung, thèse, Zürich 1976.
- THOMAS H./PUTZO H.: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen, 12^e éd., München 1982 (cité Thomas/Putzo).
- THORENS JUSTIN: L'objet du litige dans le procès civil, in Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 24, Genève 1968, p. 33 ss. (cité Thorens, l'objet).
- La cause de la demande en justice et le principe «jura novit curia» en droit comparé (France, Allemagne, Suisse), in Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 27, Genève 1969, p. 185 ss. (cité Thorens, la cause).
- THOUVENIN ANDRÉ: Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, thèse, Zürich 1978.
- TOMASIN DANIEL: Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, thèse, Paris 1975.
- TROLLER ALOIS: Von der Grundlage des zivilprozessualen Formalismus, Bâle 1945 (cité Troller, Grundlage).
- Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt/Berlin 1965 (cité Troller, Prinzipien).
 - Der Einfluss der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, in Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Wien 1966, N° 7, p. 3 ss. (cité Troller, Methode).
- ULLWER ERHARD: Eventualmaxime und Beschleunigung im deutschen Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der BGH Rechtsprechung mit Gegenüberstellung schweizerischer Ausgestaltungen, thèse, Zürich 1963.
- VINCENT JEAN: Procédure civile, 19^e éd., Paris 1978.
- VOGEL OSCAR: Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, in SJZ 1980 p. 89 ss. (cité Vogel, Probleme).
- Grundriss des Zivilprozessrechts, Berne 1984 (cité Vogel, ZPR).
- VON SALIS PETER: Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, thèse, Zürich 1980.
- VOYAME JOSEPH: Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, in RDS 1961 II 67 ss.
- WALDER HANS: Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafsachen nach Art. 397 StGB insbesondere auf Grund eines neuen Gutachtens, in Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Berne 1979, p. 341 ss. (cité Walder, Wiederaufnahme).
- Der Prozessbetrug, in SJZ 1954 p. 105 ss. (cité Walder, Prozessbetrug).
- WALDER HANS ULRICH: Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, Zürich 1983 (cité Walder, ZPR).
- Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, thèse d'habilitation, Zürich 1966 (cité Walder, Prozess erledigung).
 - Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts von 1930 bis 1980, in SJZ 1982 p. 105 ss. (cité Walder, Entwicklung).
- WIECZOREK BERNHARD: Zivilprozessordnung und Nebengesetzen auf Grund der Rechtsprechung, 2^e éd., volume III, 8^e livraison, § 567-604, Berlin/New York 1977.
- WURZBURGER ALAIN: Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 44-50 DJ), thèse, Lausanne 1964.

- YUNG WALTER: De la fausse déclaration d'une partie en justice et de l'interrogatoire des parties en comparution personnelle, in Etudes et Articles, Genève 1971, p. 504 ss. (cité Yung, déclaration).
- La vérité et le mensonge dans le droit privé, in Etudes et Articles, Genève 1971, p. 71 ss. (cité Yung, vérité).
- ZEISS WALTER: Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, in ZZP 89 p. 377 ss.
- ZENHÄUSERN ARMAND: Der Zeugenbeweis im Zivilprozess mit besonderer Berücksichtigung der Walliser ZPO, thèse, Fribourg 1959.
- ZWEIFEL PAUL: Revision, Reinigung und Erläuterung nach st.gallischer Zivilprozessordnung, thèse, Fribourg 1952.

Abréviations

a	ancien (placé avant la désignation d'un texte légal)
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Appenzell Rhodes intérieures
al.	alinéa
AR	Appenzell Rhodes extérieures
art.	article
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATC	Recueil des jugements du Tribunal cantonal neuchâtelois
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances
BE	Berne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGC	Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BL	Bâle-Campagne
BlzR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BS	Bâle-Ville
c.	contre ou considérant
CC	Code civil suisse
CCC	Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation civile neuchâteloise; désigne aussi la Cour de cassation
CCF	Code civil français
CCN	Code civil neuchâtelois des 3 décembre 1853-27 janvier 1855
CCP	Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation pénale neuchâteloise
cf.	confer
ch.	chiffre
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française
CO	Code des obligations
comp.	comparez
CPC	Code de procédure civile
CPCF	Code de procédure civile français
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois
CPN	Code pénal neuchâtelois du 21 décembre 1855
CPPN	Code de procédure pénale neuchâtelois
CPS	Code pénal suisse
Cst	Constitution fédérale
D.	Recueil Dalloz
DJP	Droit judiciaire privé
éd.	édition
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
FJS	Fiche juridique suisse
FR	Fribourg
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis

i.f.	in fine
i.i.	in initio
i.m.	in medio
IR	Informations rapides
JT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
LAJA	Loi sur l'assistance judiciaire et administrative, RSN 161.3
LB	Loi sur le barreau, RSN 165.10
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 952.0
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale, RS 241
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, RS 741.01
LIE	Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant, RS 734.0
lit.	littera
LMF	Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce etc., RS 232.11
loc.cit.	loco citato
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
LrChF	Loi fédérale sur la responsabilité civile des chemins de fer etc., RS 221.112.742
LU	Lucerne
n	nouveau (placé avant la désignation d'un texte légal)
n.	note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.m.	note marginale
N°	numéro
NW	Nidwald
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire, RS 173.110
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise, RSN 161.1
op.cit.	opus citatum
OW	Obwald
p	projet (placé avant la désignation d'un texte légal)
p.	page
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale, RS 273
PKG	Praxis des Kantonsgerichte von Graubünden
RB	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDP	Rivista di diritto processuale
RDS	Revue de droit suisse
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation civile française
RFA	République fédérale d'Allemagne
RGP	Repertorio di giurisprudenza patria
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSN	Recueil systématique de législation neuchâteloise
RTrim.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
SG	Saint-Gall
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Revue suisse de jurisprudence
SH	Schaffhouse
SO	Soleure
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation française
ss.	et suivant(e)s
SZ	Schwytz
TC	Tribunal cantonal
TG	Thurgovie

TI	Tessin
UR	Uri
VD	Vaud
VS	Valais
ZBJV	Revue de la société des juristes bernois
ZG	Zoug
ZH	Zürich
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Sauf précision contraire, les dispositions cantonales ou étrangères citées sont celles de la loi de procédure actuellement en vigueur.

Avant-propos

Le présent travail porte sur le recours en revision en procédure civile neuchâtoise. Pourquoi donc le recours ouvert aux tiers par l'article 404 CPCN en est-il exclu? Pourquoi d'autre part y trouve-t-on de si nombreuses références à des droits de procédure «étrangers»?

L'article 404 CPCN met en œuvre une institution sui generis, que le législateur a rattachée à la revision, mais qui n'est autre, en réalité, qu'une variante de la tierce opposition. Il n'existe pas à notre connaissance une seule décision publiée dans laquelle apparaisse une référence à l'article 404 CPCN, ou aux dispositions correspondantes des lois antérieures. Cette circonstance éveille déjà un doute quant à l'utilité pratique de la tierce opposition en droit neuchâtois. Il nous est apparu d'autre part que la tierce opposition pose des problèmes qui lui sont propres, ne serait-ce qu'au regard de sa compatibilité au droit fédéral, et plus particulièrement aux dispositions relatives à l'action révocatoire. De plus, la tierce opposition se singularise par rapport à la revision au sens étroit. La qualité pour agir, l'intérêt, les conditions objectives dont dépend le succès du recours, ou encore le délai de recours, obéissent à un régime différent selon qu'est en cause le recours en revision ou la tierce opposition. Plutôt que d'étudier superficiellement l'un et l'autre, nous avons préféré approfondir l'examen du premier et abandonner celui de la seconde. Il se pose certes une question de délimitation. On le verra, le recours en revision est ouvert à des personnes qui ne sont pas nécessairement parties au jugement. On peut cependant retenir un critère de distinction fondamental: les tiers fondés à se pourvoir en revision, au sens étroit, ne peuvent invoquer qu'un motif de revision dont la partie lésée aurait pu se prévaloir également. Le droit de se porter tiers opposant, au contraire, appartient en propre aux tiers. Il ne compète en aucun cas aux parties agissant en cette qualité. Le recours en revision peut donc être étudié indépendamment de la tierce opposition.

Nous n'avons pas l'ambition de présenter une étude de droit comparé. Pourtant, un regard sur les divers droits de procédure nationaux nous a permis de mieux saisir les particularités du recours en revision et de la procédure qui le met en œuvre. Hors de nos frontières, les droits français et allemand ont retenu notre attention. Le premier, parce que le législateur neuchâtois s'en est manifestement inspiré; le second, parce que la Restitutionsklage a fait l'objet de remarquables études de doctrine.

Dans la première partie, nous tenterons de dégager la spécificité du recours en revision et de cerner sa relation à la vérité judiciaire et à l'autorité de la chose jugée.

La seconde partie sera consacrée à la description du droit de la revision en vigueur actuellement dans le canton de Neuchâtel. Nous accorderons une attention particulière aux implications pratiques de la coexistence entre les voies de recours cantonales et fédérales.

La troisième partie se rapportera aux relations entre le droit fédéral et le droit cantonal. Elle comportera également une critique des faiblesses que présente le système actuel à nos yeux, ainsi que quelques propositions émises dans la perspective d'une revision législative.

I. Partie générale

1. De quelques notions fondamentales

I. L'accès à la justice et l'action

Le premier devoir des tribunaux est de statuer sur les causes qui leur sont soumises. De tout temps, les collectivités se sont préoccupées de réprimer le déni de justice¹. Cette nécessité s'impose actuellement comme un principe fondamental de l'ordre juridique, qualifié de droit subjectif de l'individu à la juridiction ou de postulat essentiel du droit objectif. Cependant, le droit d'accès à la justice s'épuise dans l'obtention d'une décision, quelle qu'elle soit, et le juge satisfait aux exigences de ce droit à la juridiction même s'il prononce en violation de la loi, de manière inique, par une fin de non-recevoir ou une déclaration d'incompétence².

La garantie purement formelle que le justiciable peut tirer de la prohibition du déni de justice est inapte à assurer le maintien de la paix juridique. Lorsqu'un ordre juridique opte pour la soumission des relations entre individus à la loi d'autonomie, il doit forcément aménager un système permettant de les départager de façon impérative en cas de conflit³. Le droit à la juridiction se double donc de la faculté d'obtenir des pouvoirs publics une décision portant sur le bien ou le mal fondé d'une prétention portée en justice, soit d'une action.

Sous l'empire de la procédure formulaire du droit romain classique, un droit était reconnu en tant qu'il était possible de l'incorporer à une action⁴, dont les conditions étaient clairement délimitées par le préteur dans la phase *in jure*, le juge lui-même ne statuant que sur les faits. Il y avait donc confusion totale entre l'action au sens procédural et l'action au sens matériel.

La dissociation du droit substantiel, de l'action et de la demande a tardé à se dessiner, mais elle n'est plus contestée de nos jours⁵. L'action n'est pas un appendice du droit invoqué, puisqu'elle tend précisément au

1 E. Piguet, *Le déni de justice*, thèse, Lausanne 1907, p. 16ss.

2 P. Mes, *Der Rechtsschutzanspruch*, thèse, Köln 1970, p. 20; Habscheid, *DJP.* p. 4; Walder, *ZPR.* p. 10 n. 33.

3 Kummer, *Klagerecht*, p. 18, 21.

4 Thorens, *la cause*, p. 198ss.

5 Cl. Bonnaud, p. 13ss.

prononcé d'une décision relative à l'existence et à la portée de ce droit qui peut ne pas être reconnu par le tribunal⁶. En revanche, il est correct d'affirmer que le droit invoqué est le fondement de l'action en justice, si l'on entend par là que l'action ne doit pas permettre à n'importe quel intéressé de se porter «au secours de la légalité outragée, sans autre limite que l'intérêt qu'il peut avoir au respect de la règle de droit, en général»⁷.

La nature juridique de l'action a donné lieu à des controverses passionnées, particulièrement en Allemagne, où la doctrine est friande de constructions intellectuelles raffinées⁸. Le nouveau Code de procédure civile français définit l'action comme le «droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée»⁹, formule dont il ressort que l'action en justice est un pouvoir légal en vertu duquel une personne saisit une autorité juridictionnelle pour l'obliger à statuer sur le fond d'une contestation¹⁰. «Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention», précise encore l'article 30 nCPCF. La doctrine et la pratique suisses se préoccupent assez peu de savoir si l'action est en réalité un droit subjectif du justiciable ou plutôt un effet réflexe de l'ordre juridique objectif, car cette distinction ne revêt aucun intérêt pratique¹¹, et si elles utilisent le terme de «Klagerecht», c'est plus par souci de commodité que pour traduire la nature véritable de l'action. Dans cet esprit, le Tribunal fédéral rejette en termes assez secs la construction qui voudrait voir le tribunal statuer sur le droit à la protection juridique (Rechtsschutzanspruch), plutôt que sur la prétention déduite en justice elle-même¹², même s'il lui arrive de distinguer la perte de l'action et celle du droit auquel elle se rapporte¹³.

Il importe peu, en définitive, de savoir si l'action est un droit, une prérogative, une faculté ou une possibilité, du moment qu'elle est reconnue et que ses conditions d'exercice sont définies par le droit positif.

Or le droit privé exige, pour s'imposer concrètement, que le justiciable puisse obtenir, une fois et une seule, une décision déclarant bien ou mal fondée la demande par laquelle il exerce son action, s'il justifie d'un intérêt à la sanction du droit substantiel qu'il invoque. Le droit à l'obtention d'un jugement au fond suppose donc la réunion de deux conditions maté-

6 Kummer, Klagerecht, p. 17.

7 Perrot, cours, p. 43.

8 Cf. Jauernig, ZPR, p. 124-125, et les références.

9 Art. 30.

10 Perrot, cours, p. 39.

11 Kummer, Klagerecht, p. 16; Guldener, ZPR, p. 195 n. 15.

12 ATF 67 II 74.

13 ATF 104 Ia 110; comp. ATF 86 II 45 et 77 II 349.

rielles: l'affirmation d'un droit et l'existence d'un intérêt à sa sanction judiciaire. La malformation d'une demande, aboutissant à un jugement d'irrecevabilité, ne fait pas obstacle à ce que le juge saisi d'une nouvelle demande, véhiculant la même action, statue au fond¹⁴.

Le droit d'action n'assure en rien la qualité du jugement dans lequel il s'épuise.

Soucieuse de procurer à l'individu la garantie d'une correcte application du droit, une partie de la doctrine allemande, emmenée par A. Wach, s'est efforcée d'imposer une vision développée du droit d'action, qui incorporerait une prétention au prononcé d'un jugement favorable, voire d'un jugement juste. Cette théorie, qui connut un essor considérable au début du siècle, est tombée en disgrâce, notamment en raison d'un défaut de sanction, de certaines faiblesses dogmatiques et d'une portée pratique mineure¹⁵.

Pourtant, même s'il n'est question de reconnaître à l'individu un droit subjectif à l'obtention d'une décision présentant tel contenu déterminé, on ne peut nier le caractère secondaire du droit judiciaire privé, qui est au service du droit matériel¹⁶. Or le droit de fond rattache ses prévisions à la réalité concrète vécue par les sujets de droit dont il entend guider le comportement. Le droit de procédure doit donc offrir au juge la possibilité de serrer la vérité au plus près, en s'efforçant de ne pas contrarier la volonté d'application du droit substantiel. Il y va de la logique du système et de la crédibilité de l'ordre juridique tout entier. Si l'on considère la procédure dans une perspective plus globale, on observe qu'elle exerce une action pacificatrice, en tant qu'élément du processus qui conduit l'individu au respect spontané de l'autorité souveraine de l'Etat et des règles qu'il édicte. La paix s'accommodant mal de l'incertitude, il est nécessaire qu'un litige déféré en justice trouve son épilogue après l'écoulement d'un laps de temps relativement bref¹⁷. Il est essentiel également que l'issue de la contestation ne puisse être perpétuellement remise en question par le plaideur qu'elle ne contente pas. Cette double exigence ne satisfait pas uniquement un postulat de sécurité. Elle procède aussi d'une aspiration à l'économie de la justice, dont la méconnaissance conduirait le public à désertier le prétoire.

14 Kummer, Klagerecht, p. 24.

15 Jauernig, ZPR, p. 125.

16 ATF 104 Ia 108; Deschenaux, p. 19 n. 32; Voyame, p. 70; Schaad, p. 154; Gloor, p. 89.

17 «Ein Rechtsschutz, der zu spät kommt, ist kein wahrer Rechtsschutz. Er gleicht der Justizverweigerung, die deshalb besonders bedenklich ist, weil sie beiden Parteien Unrecht tut.» Gaul, Zweck, p. 52.

Idéalement, les divers objectifs du droit judiciaire privé concourent. Le juge recherche la vérité, la trouve, et prononce un jugement définitif. La paix est rétablie, le perdant réalise son erreur et s'incline. Concrètement, les postulats de justesse et de sécurité se contrarient, car les tribunaux n'ont pas nécessairement les moyens, voire la volonté de parvenir au résultat voulu par le droit matériel. Cette friction conduit E. Dorndorf à définir le but du procès comme un «*kompromisshaften Ausgleich von Richtigkeitsgewähr, Effektivität und angemessener Begrenzung der sozialen Kosten*»¹⁸.

Il appartient à l'Etat d'apporter une solution à ce conflit potentiel, en assurant un équilibre harmonieux de ces impératifs virtuellement contradictoires.

L'opposition entre le juste et le définitif, entre la *Richtigkeit* et la *Fixigkeit*, alimente une abondante littérature, dont J. Braun relève à juste titre les soubassements affectifs¹⁹.

En bref, les uns considèrent que le but du procès est atteint dès lors que l'ordre, troublé par une contestation civile, est rétabli par un acte autoritaire mettant un terme au litige; la nécessité que le jugement se plaque sur la réalité ne se ferait sentir que dans la mesure où la proposition inverse menacerait l'équilibre de l'appareil étatique. Le prononcé d'un jugement indiscutable constituerait donc un but en soi, situant le droit judiciaire en marge du droit de fond²⁰.

Une tendance intermédiaire paraît également faire de la sécurité juridique un but indépendant du procès civil, parallèlement à la réalisation du droit matériel, ce qui justifierait l'efficacité et l'intangibilité d'un acte juridictionnel fautif²¹.

Un dernier courant estime enfin que l'objectif supérieur de la procédure consiste dans la réalisation d'une justice calquée sur la situation matérielle effective des parties²². Dans cette optique, le procès couronné par un jugement erroné a manqué son but, et l'autorité qui est attachée à l'acte est ressentie comme un mal nécessaire²³. K. Hellwig estimait en conséquence que le jugement faux n'éteignait pas le droit d'action, celui-ci se trouvant toutefois paralysé par l'autorité de la chose jugée²⁴.

18 *Rechtsbeständigkeit von Entscheidungen und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, thèse, Frankfurt 1969, p. 53.

19 p. 121 ss.

20 Cf. par exemple J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, passim, notamment p. 246.

21 Cf. par exemple Guldener, ZPR, p. 50; Walder, ZPR, p. 3; Briner, *Rechtsmittel*, p. 6–7; Siegrist, p. 70; Johannsen, p. 85–86.

22 Bucher, p. 4 ss.; Grass, p. 4; Schmid, p. 8 ss.

23 Gaul, *Grundlagen*, p. 48 ss., 65; Gaul, Zweck, p. 28 ss., 60; dans le même sens, Motulsky, p. 14: «L'autorité de la chose jugée (...) est (...) entachée d'un vice congénital: elle fait triompher la valeur de Sécurité sur la valeur de Justice».

24 *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1912, p. 250, 294.

A ce degré de généralité, on constate une polarisation des intérêts pris en considération, qui réduit l'affrontement entre la Justice et la Sécurité en un conflit entre l'individu et la collectivité: la personne aspire à une juste application du droit, le groupe recherche l'ordre et la sécurité. Ainsi, selon le point de vue adopté, l'équilibre voulu doit être recherché dans l'ampleur du sacrifice que l'individu est tenu de consentir à la collectivité ou dans celle des concessions que la collectivité peut se permettre à l'égard de l'individu²⁵. Il s'agit là, à notre avis, d'une simplification dangereuse et inutile. L'antagonisme entre les postulats de justesse et de sécurité peut se ramener tout au plus à un face à face entre un intérêt collectif et individuel et un intérêt individuel et collectif²⁶. Plutôt que de placer le débat sur un terrain sociologique où chaque question trouverait une réponse tirée directement ou indirectement d'un choix opéré au départ sur une fausse alternative, il nous paraît préférable d'aborder, plus modestement, la relation entre le but et les moyens.

Il ne viendrait à l'idée de personne de soutenir que le juge n'a pas à se soucier du droit. La paix d'abord, lit-on parfois, mais pas la paix à tout prix. Efforçons-nous donc de discerner ce qu'il faut entendre par une décision juste.

II. *La vérité judiciaire*

Le jugement absolument juste, idéal, c'est-à-dire équitable au sens aristotélicien, supposerait la réalisation de trois conditions. Les faits pris en considération devraient être parfaitement conformes à la vérité; la règle de droit devrait être juste par elle-même et avoir été appliquée correctement. La critique de la règle elle-même met en œuvre la relation du droit à la morale²⁷, dont l'examen sort des limites de ce travail. Nous nous arrêterons au niveau inférieur: la conformité du jugement aux prévisions de la règle de droit.

L'application de la règle de droit passe par la comparaison de l'hypothèse qu'elle pose et des éléments rapportés au tribunal. La détermination exacte des faits concernés par cette confrontation en est donc la condition première. Il s'agit là, dans bien des cas, de la phase la plus délicate du pro-

25 Voir, à titre d'exemples, Anastasi, p. 43; Haemmerli, p. 25-26; Johannsen, *passim*, notamment p. 86-87; Gaut, *Grundlagen*, p. 49.

26 Voir par exemple l'ATF 107 Ia 197, dans lequel on peut lire le raisonnement inverse de celui qui est évoqué dans le texte.

27 H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, traduction française, Neuchâtel 1953, p. 49.

cès, quand bien même les difficultés qu'elle soulève ne sont abordées qu'avec parcimonie dans les académies, l'enseignement du droit faisant la part plus belle aux opérations intellectuelles ultérieures, comme le signale justement E. Döhring²⁸.

Déterminer exactement les faits, c'est établir la vérité, mais quelle vérité? Il ne s'agit évidemment pas de l'insaisissable valeur absolue dont les philosophes se disputent la définition, ni même de cette «sorte de vérité imparfaite et provisoire qu'on appelle la science»²⁹, mais plutôt d'une vérité historique, plus relative encore, qui doit sa fragilité supplémentaire à la distance qui sépare le phénomène de l'observateur, et qui n'est pas recherchée pour elle-même, mais comme support d'un acte de reconnaissance³⁰.

La restriction la plus générale qui s'attache à la vérité judiciaire est liée aux limites de la conscience. Un fait ne peut être vrai qu'en lui-même et par lui-même. Son existence ne se manifeste à l'homme que par une prise de conscience subjective élaborée dans le cerveau humain par les sens et la raison³¹, en sorte que la matière du procès n'est pas le réel à l'état brut. Il en résulte automatiquement une première déformation.

A cette réduction, inhérente à la perception même d'un phénomène par l'intellect, s'ajoutent les déformations provoquées par les défaillances de la mémoire, qui transforment en permanence l'image du réel³², et par les phantasmes sournoisement fabriqués par le Moi³³. Inconscients, ces derniers ne peuvent être éliminés de façon sélective. Il suffit, pour s'en convaincre, de demander à quelques amis attablés sur une terrasse de décrire les vêtements portés par la demoiselle qui déambulait sous leurs yeux une minute auparavant. Le résultat est saisissant. A. Troller explique l'ampleur des divergences par le fait que l'événement dont la description est sollicitée s'inscrit dans un flux mental charriant une quantité de données enregistrées consciemment et inconsciemment³⁴. L'imagination «corrige» des éléments qu'une concentration insuffisante n'a pas permis de retenir. Le résultat de l'expérience est nettement meilleur si les observateurs y sont préparés³⁵.

Et pourtant, il est rarissime que se réalise cette situation idéale, dans laquelle le juge prendrait directement connaissance de tous les faits di-

28 P. 3.

29 Anatole France.

30 Grzegorzczuk, p. 329.

31 Troller, Prinzipien, p. 40; H. R. Schweizer/A. Wildermuth, Die Entdeckung der Phänomene, Dokumente einer Philosophie der sinnlichen Erkenntnis, Bâle 1981, p. 91 ss., qui rappellent la formule de Berkeley: «esse est percipi».

32 Troller, Methode, p. 8-9.

33 Troller, Prinzipien, p. 37; Siegrist, p. 194 ss.

34 Methode, p. 7, 9.

35 Cf. aussi Bernhardt, p. 45 ss.

rectement pertinents pour l'application de la règle qui les vise. Il faudrait pour cela que l'intégralité de la matière se situe dans sa sphère de perception³⁶, et notamment qu'elle ne contienne que des éléments susceptibles d'une représentation immédiate. Tel n'est pas toujours le cas. Le fait que le poing de telle personne a frappé le visage de telle autre peut être constaté directement, avec un plus haut degré de vraisemblance, que l'ampleur du dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale. L'appréhension cède alors le pas à la compréhension. La distorsion que l'on vient d'évoquer se trouve aggravée dès l'instant où le juge n'est plus l'unique sujet actif du procès.

Outre cette multiplication des approximations, la participation de plusieurs personnes à la reconstitution de la vérité entraîne une autre forme de réduction, liée aux insuffisances des instruments de communication. La langue ne donne qu'une image assez grossière des idées qu'elle véhicule³⁷, et ce phénomène se combine avec le précédent pour en accentuer les effets³⁸. Parmi les diverses interprétations possibles des déclarations qui lui sont faites, le juge inclinera à retenir celle qui s'adapte le mieux à la vision qu'il s'est forgée de la situation, ainsi qu'à la préqualification juridique à laquelle il pourra avoir procédé consciemment ou inconsciemment. Nous sommes pourtant toujours dans l'hypothèse du procès idéal, au cours duquel chacun livrerait au tribunal, avec une parfaite et théorique objectivité, sa représentation d'événements auxquels il aurait assisté.

Avant d'évoquer plus avant le thème des facteurs concrets qui altèrent la reconstitution des faits, il faut s'arrêter un instant à la réduction découlant de la structure même de la règle de droit. De par sa nature abstraite et générale, la règle schématise³⁹ une situation de fait, dont elle ne retient que quelques caractéristiques saillantes, tout en en sous-entendant d'autres. Elle le fait à l'aide d'un certain nombre de concepts non formels de contenu souvent variable figurant un modèle que le juge doit se représenter pour lui comparer les faits portés à sa connaissance, par une opération infiniment plus complexe que l'acte de classement suggérée par la théorie du syllogisme judiciaire⁴⁰. Par ailleurs, l'état de fait, qui apparaît pour la première

36 Supposé qu'il soit autorisé à retenir des éléments dont il aurait eu connaissance personnellement. Voir Bucher, p. 45 ss.; Deschenaux/Castella, p. 146; Guldener, Beweiswürdigung, p. 4-5 n. 21; Schaad, p. 168.

37 Troller, Prinzipien, p. 43: «Die rechtswissenschaftlich bedeutsame gemeinsame Lebenswelt endet an den Grenzen des klar Sagbaren»; Loosli, p. 48 ss.; Fleiner, p. 168 ss.

38 A strictement parler, on ne peut exclure que la perception de l'idée entraîne une correction du message.

39 Jolidon, p. 194, parle d'une «mise en forme technique» du législateur.

40 Grzegorzczuk, p. 335; Fleiner, p. 170-171.

fois dans le jugement lui-même, n'est forcément qu'une représentation épurée du magma dont il est extrait; tous les facteurs «non pertinents» qui lui sont rattachés en sont émondés. Cette activité de sélection pratiquée par le juge est bien rendue par la langue allemande, qui distingue le *Sachverhalt*, soit les faits «réels», et le *Tatbestand*, c'est-à-dire la somme des faits juridiquement pertinents que le juge place effectivement à la base de sa décision, et qui prend forme dans la motivation de celle-ci⁴¹. En bonne doctrine, il conviendrait encore de dissocier la forme intériorisée et extériorisée de l'état de fait, la seconde n'étant qu'un maigre condensé de la première. L'effet déformant d'une telle réduction est trop évident pour que l'on s'y attarde⁴², mais on se penchera un instant sur une distorsion qui risque d'en découler de façon plus subtile, à moins que le juge ne se livre à un «balayage» mental permanent des diverses règles de droit entrant en considération⁴³: dans sa quête des faits pertinents pour l'issue du litige, le juge échappe difficilement à l'influence de ses connaissances juridiques qui risquent de l'entraîner à une préqualification des faits allégués (qui le sont eux-mêmes, généralement, en fonction de la règle de droit invoquée), ne serait-ce que pour délimiter le domaine sur lequel portera l'administration des preuves. Une telle démarche, aprioriste, est de nature à faire dévier les recherches, ce qui risque de laisser dans l'ombre des faits qui, connus et démontrés, éclaireraient la cause d'un jour différent. Dans ce cas, le *Tatbestand* ne stylise plus le *Sachverhalt*. Il le dénature.

Indépendamment de cette mutilation du réel qui constitue l'essence même de l'application du droit, l'ordre juridique pose diverses barrières à la recherche de la vérité, qui ne sont pas logiquement indispensables au fonctionnement du jeu judiciaire. Il réproouve par exemple, au nom de commandements supérieurs, tels le principe de la bonne foi ou la protection de la personnalité, certaines méthodes d'investigation qui ne leur seraient pas compatibles⁴⁴. Il se peut également qu'il limite les moyens de preuve que le juge est autorisé à prendre en considération, ce qui nous amène aux distorsions plus spécifiquement procédurales.

Du primat de l'autonomie de la volonté, qui sous-tend notre droit privé, découlent certaines règles générales sur la configuration de la procédure, illustrées par les fameux adages «*da mihi factum, dabo tibi jus*»,

41 Troller, *Methode*, p. 5.

42 Voir Jolidon, p. 193-194.

43 Döhring, p. 15; Guldener, ZPR, p. 156-157. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5^e éd., Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1983, p. 266ss.

44 Cf. par exemple RJN 5 I 188; 6 I 187.

«quod non est in actis non est in mundo», «judex debet judicare secundum allegata et probata», «ne procedat judex ex officio», «ne eat judex ultra petita partium». Renier totalement ces principes reviendrait à s'en prendre au droit de fond lui-même⁴⁵, mais leur mise en œuvre laisse au législateur et à ses interprètes une marge de manœuvre considérable. On a coutume d'en tracer les limites en se référant à de grandes subdivisions traduisant les oppositions possibles quant à la marche de la procédure. Celles-ci ont été systématisées par la théorie des maximes, qui se trouve à la base de la distinction entre la vérité «formelle» et la vérité «matérielle»⁴⁶. Que l'on se rappelle l'affirmation de A. Wach, qui a fait florès, et selon laquelle la constatation de la vérité ne serait pas le but du procès, mais plutôt le fait d'un hasard heureux, dans un droit de procédure reposant sur la maxime des débats⁴⁷!

Introduite dans le langage juridique en 1801 par le Bavarois N. T. Gönner, à l'occasion d'une étude comparative du droit commun et du droit prussien⁴⁸, la notion de maxime de procédure s'est rapidement imposée comme une évidence. P. Jolidon observe que les maximes sont maniées, à l'heure actuelle, par de nombreux auteurs et praticiens, «comme si elles avaient un sens précis et déterminé, le même pour tout le monde, et comme si elles avaient force de loi»⁴⁹. N. T. Gönner avait axé sa réflexion sur deux systèmes de procédure profondément opposés. Ses conclusions ont été reprises telles quelles par ses épigones, et les maximes ont accédé au rang de dogmes. Pour F. Bomsdorf⁵⁰, la seconde partie du XIX^e siècle a été marquée par une véritable manie des maximes, qui perdure encore de nos jours.

Alors que les lois de procédure ne présentent plus les solutions extrémistes étudiées par N. T. Gönner, les maximes subsistent, bien qu'elles soient reconnues, sur tel point ou tel autre, faire l'objet de «dérogations» (!). Notre auteur opposait au départ la maxime des débats à la maxime inquisitoriale. Depuis, les maximes se sont multipliées: après la maxime de disposition (Dispositionsmaxime) et la maxime d'office (Offizialmaxime) sont apparues les maximes d'accélération, de concentration, d'immédiateté, et la maxime éventuelle ou principe de simultanéité. On ne s'attardera pas à définir ces principes, ni à tenter de voir jour dans la confusion terminologique et

45 Comp. Troller, Grundlagen, p. 39-40.

46 Gaul, Zweck, p. 49; Bomsdorf, p. 192; Jolidon, p. 190-191; pour quelques illustrations de cette assimilation, cf. Grass, p. 5-6; Siegrist, p. 68 ss.; H. P. Salzgeber, Richterliche Prozessleitung und die Stellung des Gerichtspräsidenten in Zivilsachen, thèse, Zürich 1964, p. 25.

47 Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, Bonn 1879, p. 149.

48 Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 4 vol., Erlangen 1801/1803.

49 P. 188-189.

50 P. 159 ss., 282 n. 26.

sémantique qui caractérise la théorie des maximes⁵¹, pour se rallier plutôt au point de vue de F. Bomsdorf, qui conclut à propos de la maxime des débats: «Es sollte endlich eingesehen werden, dass dieser Prozessgrundsatz gerade kein Argument, sondern ein inhaltloses Schlagwort ist, mit dem sich nichts dartun lässt»⁵².

On ne peut certes nier qu'un code de procédure conçu dans la plus pure ligne du droit commun, qui prévoirait, par une règle ne souffrant aucune exception, qu'un fait allégué par une partie et admis par l'autre doit être tenu pour constant⁵³, peut conduire le juge, dans certains cas, à retenir un état de fait plus éloigné de la réalité qu'une loi autorisant, voire contraignant le magistrat à contrôler la véracité de chaque allégation. En ce sens, on peut dire qu'une telle règle, qui se rattacherait à la maxime des débats, n'assurerait potentiellement qu'un résultat d'essence inférieure; il serait toutefois erroné de la considérer pour elle-même.

La libre disposition des parties sur leurs droits n'entraîne pas la faculté de travestir les faits⁵⁴. L'aveu ne portant que sur un fait défavorable à la partie dont il émane⁵⁵, la probabilité qu'il soit sincère atteint un degré tel qu'une preuve est considérée par la loi comme inutile. L'hypothèse dans laquelle les parties tombent d'accord pour présenter au juge un état de fait fictif représente l'exception⁵⁶, sauf, précisément, dans les domaines où elles n'ont pas la possibilité de modifier leur situation juridique d'autorité privée, comme en droit matrimonial ou en droit de la famille. Or la pratique révèle que, si les plaideurs s'accordent à soumettre au juge un état de fait contraire à la réalité, en une matière à laquelle s'applique la «maxime d'office» (ou

51 Prenons simplement quelques exemples choisis au hasard dans des publications suisses: Grass (p. 5), Graven (p. 264) et Heusler (p. 102) opposent la maxime d'office à la maxime des débats; Schmid (p. 23) et Habscheid (DJP, p. 346ss.) distinguent clairement les paires «maxime de disposition/maxime d'office» et «maxime des débats/maxime inquisitoriale». Pour Guldener (ZPR, p. 168) et Deschenaux (p. 224), en revanche, la maxime d'office et la maxime inquisitoriale se recouvrent, mais Guldener différencie la maxime de disposition (ZPR, p. 148ss.) de la maxime des débats (ZPR, p. 159ss.), alors qu'elles se confondent pour Deschenaux (p. 224), tout comme pour Heusler (p. 93ss.) ou Reichel (ZBJV 1897 p. 101ss.). Autre exemple: alors que Kummer (Grundriss, p. 82) et, apparemment, Guldener (ZPR, p. 181) voient dans la maxime éventuelle et le principe de concentration des synonymes, Habscheid (DJP, p. 356 et 377) les aborde séparément et Ullwer (p. 2ss.) ne leur reconnaît qu'une communauté de but.

52 P. 283.

53 Comp. ATF 74 II 206.

54 De l'avis de Bomsdorf, p. 279, cette confusion est l'erreur la plus grave qu'ont commise les théoriciens des maximes, et elle se trouve à la base de la fausse distinction entre la vérité formelle et la vérité matérielle.

55 Siegrist, p. 262.

56 Sur l'intérêt que peuvent avoir les parties à un procès reposant sur des données fictives, cf. Bernhardt, p. 48-49; comp. Schaad, p. 211.

inquisitoriale, selon les goûts terminologiques), ils s'arrangent aussi pour le rendre vraisemblable en l'étayant par des «preuves» convaincantes. Il faut se rappeler d'autre part que la plupart des ordres juridiques consacrent expressément ou implicitement la règle selon laquelle les parties sont astreintes au devoir de dire la vérité. Sur le plan théorique, le seul où les maximes peuvent encore faire illusion, une norme de cet ordre paralyse dans une large mesure les effets néfastes que l'intangibilité de l'aveu pourrait avoir sur une fidèle reconstitution des faits⁵⁷. Pratiquement, le débat se situe certes sur un autre terrain, car la preuve de l'inobservation de ce commandement n'est pas toujours aisée, la sanction du mensonge étant d'ailleurs souvent inexistante. Il n'en reste pas moins que l'assimilation, fortement ancrée dans la doctrine, entre telle maxime aux contours mal définis et telle forme de vérité, présente un danger, car elle établit un lien de nécessité simpliste – telle règle, expression de telle maxime ou dérogation à telle autre, procède de telle volonté et emporte tel effet – alors que les interactions entre la règle et son effet sont en réalité beaucoup plus complexes, comme on le verra à l'aide des exemples qui suivront. Ce faisant, cette assimilation donne à l'expression «vérité matérielle» un caractère absolu que rien ne justifie, comme on est en passe de le constater, et attache à la locution «vérité formelle» une connotation péjorative que les règles auxquelles on la relie ne méritent pas forcément. Les dispositions relatives à la conduite de la procédure servent et desservent toutes, dans une mesure variable, une approche juridiquement adéquate de la réalité brute; toutes conduisent inévitablement à une défiguration de celle-ci, qui peut prendre les formes les plus diverses. Ce polymorphisme réduit à néant les efforts des théoriciens qui entendent polariser les manifestations d'une même relativité.

Illustrons notre propos par quelques exemples. On a coutume de voir, dans une extension des pouvoirs d'investigation donnés au juge, le gage d'un jugement plus juste en fait. Or l'activité du juge elle-même est une des sources du gauchissement de la réalité concrète, soit par la perception erronée des éléments de fait, soit par une déviation dans la recomposition rationnelle de ceux-ci, autrement dit dans les spéculations reliant les événements ponctuels dont il a connaissance⁵⁸. Le fait de laisser les parties porter en première ligne la charge de fournir au juge les bases de sa décision n'implique pas, par principe, une reconstitution plus approximative de la réalité qu'une instruction menée autoritairement par un magistrat étranger au litige.

57 Comp. Bernhardt, p. 33.

58 Jolidon, p. 197.

Dans le même ordre d'idées, une procédure essentiellement orale passe pour assurer un contact direct entre le juge et les parties, permettant à celui-là de mieux saisir la psychologie de celles-ci, de sonder de façon plus approfondie le climat et les circonstances dans lesquels la contestation est née, d'éclaircir sur le champ les allégations contradictoires ou obscures, d'enlever aux parties le refuge de l'anonymat et de décourager ainsi le recours à la prétérition, voire au mensonge, en bref, de mieux servir la vérité «matérielle»⁵⁹. L'affirmation n'est pas infondée. Pourtant, la procédure orale rend le juge tributaire de sa mémoire et de son aptitude à prendre des notes, cette activité risquant d'ailleurs de le distraire de ses investigations psychologiques, même lorsque l'affaire ne présente pas une complexité particulière, hypothèse dans laquelle les esprits s'accordent à préférer la procédure écrite⁶⁰. D'autre part, lorsque les parties comparaissent personnellement, accompagnées ou non d'un avocat, rien ne permet d'affirmer que les impressions éprouvées par le juge, à leur vue ou à leur audition, donnent à celui-ci un juste reflet du litige. Un plaideur ou son avocat peut puiser dans son éloquence les accents d'une sincérité feinte, alors que l'adversaire, sous le coup de l'émotion, perdra ses moyens et donnera au magistrat l'image de la plus parfaite confusion. On ne peut exclure non plus l'influence inquantifiable des réactions de sympathie ou d'antipathie provoquées chez le juge par deux antagonistes présentant une version également vraisemblable des faits. Fatigué par une longue journée d'audience, le juge ne sera-t-il pas porté à préférer inconsciemment la thèse de celui qui aura su l'amuser par un trait d'esprit ou le séduire par sa concision? Ôter le bandeau de la justice ne revient pas nécessairement à lui ouvrir les portes de la vérité.

Une appréciation nuancée s'impose aussi en ce qui concerne les autres maximes. En accélérant le cours de la procédure par des dispositions prises comme illustration du principe de simultanéité, ou de celui de concentration, le législateur sacrifie une approche raffinée de la situation réelle, qui se développerait posément, selon les canons d'une dialectique serrée, mais il combat un mal qui entrave pernicieusement la reconstitution des faits, soit l'écoulement du temps, qui ravage les mémoires.

Autre exemple: le principe «d'immédiateté», dont il est admis qu'il favorise la découverte de la vérité «matérielle» et qu'on ne doit lui porter atteinte que pour des raisons d'économie, afin d'éviter l'engorgement des tribunaux; certes, lorsqu'un collège est constitué pour prononcer sur les es-

59 Voir notamment Schmid, p.24-25; Gilles, *Rechtsmittel*, p.248; Bucher, p.9; Habscheid, *DJP*, p.374; Siegrist, p.56.

60 *SJZ* 1972 p.304; 1981 p.301; *Amtsblatt Zürich*, 1971 p.1885-1886.

pièces qui lui sont soumises, chacun de ses membres opinera de façon plus éclairée s'il a pu forger sa conviction en participant à l'intégralité de la procédure, mais il n'est pas certain que trois, cinq ou sept représentations, c'est-à-dire déformations, du Sachverhalt, valent toujours mieux qu'une seule, que la somme des corrections et ajustements l'emporte forcément en qualité sur l'accumulation des distorsions supplémentaires.

Abandonnons donc les maximes pour en revenir aux matériaux à l'aide desquels le juge construit son prononcé, soit les allégations et les preuves.

La pierre sur laquelle se bâtit le procès, c'est la demande en justice, complétée dans la règle par la réponse, et, éventuellement, par une réplique et une duplique. Dans ces mémoires, les parties exposent au juge les faits sur lesquels elles se fondent pour déduire une prétention en justice ou la contester. Leur influence sur l'orientation du litige est considérable. D'une part, ils constituent dans la règle, pour le juge, la première prise de contact avec la contestation qu'il aura à trancher, d'où un impact psychologique non négligeable. D'autre part, ils fixent le cadre du débat et ses limites, d'une manière qui peut être définitive⁶¹. Or les faits peuvent prendre, dans l'idée des parties, par le jeu de facteurs affectifs ou d'une mauvaise connaissance du droit, une importance relative qui s'écarte des prévisions légales. Certaines circonstances, dont elles ne mesurent pas toute l'importance, pourront être invoquées avec nonchalance, ou même passées sous silence⁶². A l'inverse, un plaideur, connaissant la solidité relative de sa position, risque d'être entraîné à donner sciemment aux événements qu'il décrit une coloration valorisante ou péjorative, selon la thèse qu'il essaie d'accréditer, à passer comme chat sur braise sur un élément qui le mettrait en difficulté, voire même, carrément, à mentir. L'intervention des avocats restreint, sans l'éliminer, le risque que la portée d'un fait connu soit sous-estimée. Elle augmente en revanche la probabilité d'une version des faits accommodée dans la perspective du gain du procès. Alliant la passion du mandant et le professionnalisme du mandataire, les exploits introductifs d'instance présentent rarement les qualités de rigueur et d'objectivité que l'on évoquait plus haut⁶³.

61 Comp. JT 1975 III 82ss., note Poudret; 1965 III 9; la réforme est réservée. Les codes modernes ont tendance à faire preuve d'un certain libéralisme en ce qui concerne le cadre des allégués et le moment auquel il prend sa forme définitive; cf., par exemple, § 115 ZH.

62 Exemple: l'acheteur omet d'alléguer l'avis des défauts (comp. ATF 107 II 54, 176).

63 Supra, p. 29.

D'autres circonstances encore contribuent à fausser la religion du juge, telles que l'ignorance, par une partie, d'un fait pertinent. Les effets d'une méconnaissance de la situation réelle peuvent se faire sentir sous une autre forme que la simple omission. Ainsi, tel demandeur, qui s'est brisé le fémur dans l'escalier de l'immeuble où il est domicilié, actionne le propriétaire de l'immeuble sur la base de l'article 58 CO, et concentre tous ses efforts sur cette disposition. Il ignore que le propriétaire avait soigneusement savonné les marches avant son passage, pour assouvir quelque secrète rancune. Ce fait connu, la demande présenterait un visage tout à fait différent, l'objet de la procédure probatoire se trouvant notablement élargi.

Une fois le litige circonscrit par un double ou multiple jeu d'allégations révélant des contradictions essentielles ou secondaires, le juge doit trier le bon grain de l'ivraie. Pour cela, il dispose de l'aide des preuves que les parties lui proposent ou dont il ordonne l'administration de sa propre autorité. Il est guidé dans sa recherche par les règles du droit applicable, qui lui indiquent quels faits sont pertinents, à quelles conditions ils peuvent être tenus pour constants, et qui supporte le fardeau de la preuve. Selon une conception moderne, la preuve s'entend de l'activité qui tend à emporter la conviction du juge sur l'existence ou l'inexistence d'un fait. Cette définition paraît évidente, mais elle ne l'a pas toujours été. Le sort du procès a longtemps dépendu de l'accomplissement de certaines formalités prévues par la loi, c'est-à-dire du résultat d'une administration de preuves légales dans l'appréciation desquelles la conviction du juge ne trouvait nulle place. La loi déterminait à quelles conditions le juge était tenu de considérer un fait comme avéré, indépendamment du ressentiment que la procédure probatoire pouvait faire naître dans son esprit. Mis en œuvre à l'origine par des procédés parfois barbares, tels que les ordalies, le système des preuves légales s'est perpétué, sous des formes édulcorées, jusqu'au XIX^e siècle⁶⁴. Le droit moderne a substitué l'arbitraire du juge à celui du législateur, en laissant parfois subsister quelque survivance d'une vision ancestrale de la preuve⁶⁵. Il serait faux, ici encore, de croire que le législateur qui opte pour le système de la preuve légale «se contente» d'une vérité «formelle»⁶⁶. Il fixe au contraire des critères dont il espère, à tort ou à raison, qu'ils permet-

64 Le droit coutumier de la Principauté de Neuchâtel et Valangin prévoyait une procédure probatoire essentiellement formelle. Ainsi, le témoignage d'une femme enceinte avait le même poids que celui d'un homme, réalisant à lui seul ce qu'on appelait à l'époque la preuve «moins pleine», alors que le témoignage d'une femme non enceinte ne créait qu'une simple présomption; voir Ostervald, p. 391.

65 Art. 214, 278ss. CPCN; cf. aussi Guldener, Beweiswürdigung, p. 3-4.

66 Contra, Siegrist, p. 11-12.

tront au juge d'approcher la vérité, plutôt que d'abandonner à celui-ci le redoutable pouvoir d'apprécier les preuves en toute subjectivité. Cette dernière option ne s'en est pas moins imposée de façon générale, de sorte que la conviction du juge constitue de nos jours le critère de vérité suprême d'un fait contesté⁶⁷, lorsque la loi n'en dispose pas autrement. On retiendra donc ici une définition élargie de la preuve, entendue comme la démonstration à l'issue de laquelle le juge retient l'existence ou l'inexistence d'un fait, en vertu de critères déterminés par le droit positif.

La conscience de ce que la représentation subjective d'un fait correspond à sa réalité peut prendre divers degrés d'intensité, dont le plus élevé est la certitude, qui exclut jusqu'à la possibilité logique d'un écart entre le fait et l'image que s'en fait l'observateur⁶⁸. La vraisemblance, la probabilité, se situent à l'échelon inférieur. Un fait est probable lorsque des circonstances objectives permettent de conclure logiquement qu'il s'est produit ou qu'il se produira. En pratique, la preuve n'établit que la vraisemblance, d'une intensité variable, du fait auquel elle se rapporte. Même la preuve directe⁶⁹ ne confère pas une certitude objective, car le juge prend conscience du phénomène observé par l'intermédiaire d'une opération intellectuelle – la traduction des messages rapportés par les sens – qui porte en elle-même un jugement de valeur et un risque d'erreur. L'incertitude objective qui subsiste alors peut être écartée par des motifs subjectifs qui contribuent à former la conviction. Toute preuve, qu'elle soit directe ou indirecte, historique ou critique, personnelle ou matérielle, appelle un processus logique de déduction ou d'induction, complétée par une appréciation comportant des éléments affectifs et intuitifs. Le degré de vraisemblance du fait à prouver décroît en fonction de la longueur de la chaîne d'opérations mentales qui sépare l'événement lui-même et la conclusion finale qu'il s'est réalisé ou qu'il se réalisera. La preuve par indice, dont le caractère tortueux apparaît particulièrement évident, ne se distingue pas fondamentalement des autres types de preuve, quant à la démarche intellectuelle dont elle procède.

Il arrive qu'un même fait se trouve être l'objet d'un faisceau de preuves, concurrentes ou divergentes, offrant une valeur probante inégale et soumises entre elles à une interaction inquantifiable. Dans cette hypothèse, le juge compare les éclats de réalité qui lui parviennent et, par un nouveau raisonnement inductif et déductif, opère une synthèse de ces facteurs généraux et particuliers, directs et indirects, dont la combinaison détermine la vraisemblance du fait en question, et emporte ou non sa conviction.

67 Jolidon, p. 197.

68 Siegrist, p. 13.

69 Au sens où l'entendaient Garsonnet/César-Bru, Tome II, Paris 1912, p. 385, c'est-à-dire celle en vertu de laquelle le juge perçoit les faits par ses propres sens.

Abandonnons ici l'abstraction et prenons deux exemples: la preuve par titre, car elle est considérée comme la plus solide, et la preuve testimoniale, qui est la plus importante en pratique.

Pour considérer un fait comme prouvé par un titre, il faut préalablement conclure à l'existence du titre, puis admettre son authenticité, avant de poser un jugement de valeur sur son contenu. La preuve par titre tire sa force probante de son caractère immuable et de ce qu'elle est souvent contemporaine à l'événement auquel elle se rapporte. Pourtant, inerte et isolée de son contexte, elle ne donne que le reflet ponctuel d'une perception humaine⁷⁰.

L'appréciation de la preuve testimoniale passe par un cheminement plus sinueux encore. Le juge perçoit les déclarations du témoin et conclut à la réalité du témoignage lui-même, donc à celle du témoin. Il lui appartient alors de supputer la crédibilité de son interlocuteur, exercice dont dépendra la reconnaissance judiciaire du fait à prouver. La preuve testimoniale présente de graves faiblesses par elle-même, par son support et par la façon dont elle est conservée.

Par elle-même: la preuve par témoin suppose l'écoulement d'un certain laps de temps entre la réalisation du fait et l'administration de la preuve, dont résulte nécessairement une déperdition quant à la précision des informations retenues.

Par son support: la relativité des perceptions humaines a déjà été évoquée, ainsi que les risques liés à l'étroitesse de la relation entre le narrateur et la cause. Il faut encore souligner l'importance des faits auxiliaires tels que l'attitude du témoin, sa personnalité, son passé, ses facultés sensorielles ou intellectuelles, son état de fatigue ou de nervosité, son élocution, son regard, ses hésitations, ses silences, etc.⁷¹, qui appellent une interprétation hasardeuse⁷².

Par la façon dont elle est conservée: il est rare que le jugement soit rendu aussitôt après l'administration des preuves et des plaidoiries. Il s'écoule donc en général quelques semaines entre l'audition des témoins et le prononcé du jugement, ce qui annihile presque en totalité les bienfaits de la «maxime d'immédiateté», et confère une importance capitale au procédé de conservation de la preuve. Selon l'usage le plus répandu sous nos latitudes, le juge dicte au greffier, d'un seul tenant ou paragraphe par para-

70 Comp. Döhring, p.289ss., 294.

71 Voir sur ce point l'étude très complète de Döhring, p.23ss., 92ss.; cf. aussi Bernhardt, p.42ss.; R. Bender, in *SJZ* 1985 p.53ss.

72 Que l'on songe aussi aux risques de malentendu entre le témoin et la personne qui l'interroge; cf. R. Floriot, *Les erreurs judiciaires*, Paris 1968, p.339-340.

graphe, les propos de la personne entendue⁷³. Lorsque ce juge, unique par hypothèse, fonctionne à la fois comme autorité de l'instruction et de jugement, la qualité de sa mémoire peut à la rigueur restituer aux déclarations consignées au procès-verbal le relief que cette transcription leur avait fait perdre. Il n'en va pas de même lorsque l'instruction de la cause est confiée à une émanation de l'instance de jugement, voire à une autorité distincte, comme cela se produit en cas d'audition par commission rogatoire. Le texte dicté par le juge prend des allures de traduction; le vocabulaire du témoin est ébarbé de ses excentricités. Les phrases sont reconstruites en un ensemble cohérent, éliminant les nuances ressortant des inflexions ou des hésitations du témoin. Un oui ou un non peu convaincu pourra se transformer en une longue phrase reprenant la question posée, sous réserve de l'introduction interrogative⁷⁴.

Aussi complète que puisse être l'administration des preuves, celle-ci ne fournit au juge que quelques bribes de la réalité, et il lui appartient de combler les vides par une spéculation dont A. Troller pense qu'elle constitue le facteur d'erreur le plus dangereux⁷⁵. Une fois les preuves administrées, le juge ne saurait se refuser à statuer en tirant prétexte de son indécision, à peine de commettre un déni de justice. Il s'agit donc de confronter l'état de fait reconstitué à l'une des hypothèses auxquelles le droit rattache telle conséquence qui divise les plaideurs. Cette comparaison aboutit à la commutation d'une perception de la réalité en vérité juridique, par un performatif judiciaire. L'événement a est affirmé et reconnu comme b juridique, ce baptême illustrant et consacrant la spécificité de la réalité juridique. Le jugement crée la vérité judiciaire dans un cas d'espèce, tout en la constatant, et il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un courant doctrinal bien représenté réfute toute discussion sur le thème de la justesse du jugement, affirmant que celui-ci ne saurait être que valide ou invalide. Ainsi, P. Jolidon estime nuisible et dangereuse l'opposition entre une vérité formelle et une vérité matérielle, et voit dans la vérité judiciaire «une vérité accessible et efficace dans son ordre et à son niveau, mais qui ne doit pas avoir d'autre prétention»⁷⁶. La justice ne peut certes pas prétendre réaliser et sanctionner la vérité absolue, car elle en est tout simplement incapable, mais la validité du jugement juridique n'en repose pas moins partiellement sur la présupposition

73 Sur les solutions testimoniales, cf. JT 1975 III 82ss.; 1965 III 2ss.; 1958 III 34ss., 98ss.; 1956 III 66ss. et 98ss.

74 Voir G. Perreault, *Le pull over rouge*, Paris 1978, p. 73, 116ss., 149, 150, 214, 215.

75 Grandlagen, p. 71.

76 P. 199.

que la reconnaissance judiciaire d'un fait est conforme à sa réalité extérieure⁷⁷. La primauté de la conviction du juge, qui reflète à la fois les aspirations et les limites du droit judiciaire moderne, en est la meilleure illustration.

Le débat sur la justesse du jugement n'a de sens, en pratique, que s'il se développe dans un vocabulaire exclusivement juridique, et même procédural. Seul le droit peut définir ce qu'il censure pour lui être contraire, à tout le moins dans un Etat de droit. Avant d'en venir à la forme de cette censure, on s'arrêtera sur son objet.

III. Le jugement et ses effets

1. Le jugement

La définition du jugement est discutée, comme l'est la délimitation de son essence par rapport à ses effets. Les lois de procédure elles-mêmes gardent souvent une prudente réserve sur ce point⁷⁸. Acte par lequel le juge dit le droit (*jurisdictio*) et ordonne en conséquence les mesures nécessaires pour en assurer le respect (*imperium*)⁷⁹, le jugement peut être défini par des critères formels - organiques et procéduraux - et matériels, fondés sur la structure et le but du prononcé. Seule une combinaison des deux types de critères permet, d'après la doctrine moderne, de cerner l'ensemble des actes déployant les effets caractéristiques du jugement⁸⁰. L'utilité pratique d'une définition tiendrait précisément à ce qu'elle permettrait d'attribuer lesdits effets aux actes qu'elle englobe. Le droit positif s'accommode hélas mal des vérités transcendantes. Tel ordre juridique peut attacher à une décision par laquelle le tribunal statue sur sa compétence des effets que tel autre ne lui reconnaît pas; au sein d'un même système de procédure, une revision législative ou un revirement de jurisprudence peuvent modifier la portée et les effets de tel acte, ce qui revient à en transformer la nature. Bref, si l'on veut qualifier concrètement un acte de jugement, on est contraint de le faire au regard d'un système donné. Lorsque la loi et la jurisprudence ne fournissent aucune définition du jugement, on en est réduit à considérer le faisceau d'effets par lesquels l'activité juridictionnelle est appelée à se manifester en

77 Grzegorzczuk, p. 330-331.

78 Guldener, *Nichtigkeitsbeschwerde*, p. 18.

79 Perrot, cours, p. 623.

80 Sur les divers critères envisageables, cf. Vincent, N^{os} 66ss.

pratique. Or le jugement est appelé à parachever l'action en l'éteignant. Sa fonction détermine ses caractères typiques. C'est au regard des implications de celle-ci que peut être tentée une qualification en droit positif.

Nous définirons donc comme jugement l'acte qui, émanant d'une autorité investie d'un pouvoir juridictionnel, et arrivé à chef dans des conditions qui lui permettent d'être imputé à cette autorité, est appelé à déployer les effets spécifiques qu'un ordre juridique attribue à une décision statuant sur le fond d'une contestation juridique. Cette définition permet de discerner divers paliers dans la gradation qui mène du néant à la perfection. L'acte qui manque aux conditions élémentaires d'existence en tant que jugement n'est pas un jugement, même s'il peut en présenter certains aspects⁸¹. S'il satisfait à ces conditions, les circonstances les plus diverses peuvent entraver en tout ou partie la concrétisation de sa finalité. De nombreuses études ont été entreprises en vue d'en réaliser une classification systématique⁸². Nous ne nous y arrêterons pas, sinon pour relever que l'obstacle peut être de fait (condamnation d'une personne inexistante) ou de droit (destruction d'un lien juridique qui n'existe plus), qu'il peut tenir à l'acte lui-même (dispositif incompréhensible) ou à la réalité extérieure à laquelle il se rapporte (le divorce est prononcé alors qu'un conjoint est décédé). En France, le jugement porte en lui, dès lors qu'il existe, les conditions formelles de sa validité. Seul un autre jugement peut l'en priver⁸³. Le droit allemand connaît un type d'inefficacité totale (Nichtigkeit, Wirkungslosigkeit)⁸⁴, logiquement discutable en raison de la spécificité de l'activité juridictionnelle: le juge ayant pour tâche de dire le droit de façon définitive, on peut se demander à qui doit être dévolu le rôle de censeur du juge, si l'on sort du cadre procédural. Le législateur suisse ne s'est pas embarrassé de scrupules de cet ordre en édictant l'article 81 al. 2 LP, qui permet à la partie condamnée au paiement d'une somme d'argent, ou à la prestation de sûretés, de se prévaloir de certains vices affectant le jugement dont l'exécution est sollicitée ailleurs que dans le canton où il a été rendu. Le Tribunal fédéral n'en partage pas moins en principe la position adoptée en France, puisqu'il rapproche jusqu'à les faire se toucher les limites des notions qui encadrent l'acte juridictionnel absolument nul: «Es ist (...) ein allgemeiner Prozessgrundsatz, dass das vom unzuständigen Richter gefällte Urteil kein Nichturteil ist, sondern Rechtskraft wirkt und von Vollstreckungsbehörden beachtet

81 Vincent, N^{os} 73 ss., 548; Jauernig, Zivilurteil, p. 6 ss.; Stein/Jonas, n.m. 1 avant le § 578 ZPO; Schüpbach, cassation, p. 39 ss.

82 Jauernig, Zivilurteil, p. 141 ss.

83 Art. 460 nCPCF.

84 Jauernig, ZPR, p. 211.

werden muss, solange es nicht im Rechtsmittelwege aufgehoben worden ist»⁸⁵. Abstraction faite de cette zone d'ombre, discutable et discutée, qui couvre les jugements entachés d'un vice tellement grave que toute forme d'efficacité puisse lui être déniée, l'acte juridictionnel peut produire divers effets, dont certains lui sont spécifiques.

2. *Les effets généraux du jugement*

Le jugement est d'abord un fait juridique. En cette qualité, il est apte à déployer des effets substantiels que le droit lui attache, mais dont il n'est pas le présumé indispensable; ainsi, en droit suisse, il interrompt la prescription⁸⁶ et il peut valoir déclaration de volonté⁸⁷. Cet effet réflexe de pur fait ne saurait être contesté par quiconque⁸⁸.

Le jugement, généralement consigné par écrit, constitue d'autre part un document dont la force probante se rapporte au contenu de la décision elle-même⁸⁹ ou aux faits qui y sont constatés⁹⁰.

Ensuite, le jugement apporte sa solution à la contestation et met fin à l'office du tribunal, en ce qui la concerne. Le juge est dessaisi, ce qui peut équivaloir au dénouement de l'instance, lorsqu'il a statué en dernier ressort; si la décision ne se rapporte qu'à une question litigieuse, interdiction est faite en principe au tribunal de s'en écarter, en vertu de la force obligatoire intraprocédurale qui s'y attache – l'innerprozessuale Bindungswirkung du droit allemand⁹¹ –. L'effet de dessaisissement et la force obligatoire intraprocédurale sont assortis d'un triple tempérament: le juge peut être appelé à rectifier les erreurs matérielles qu'il aurait pu commettre, à interpréter son prononcé, ou encore à le rétracter, dans les hypothèses prévues par la loi.

La résolution du litige suppose, on l'a vu, une comparaison de la réalité extérieure à des concepts juridiques. Le jugement se trouve donc nécessairement appelé à produire un effet déclaratif, découlant du constat que les faits rapportés au tribunal correspondent ou ne correspondent pas à l'hypothèse envisagée par la ou les règle(s) entrant en considération. Cet effet, commun à tous les jugements, peut être compris comme l'essence même de l'acte juridictionnel⁹². Certaines actions n'ont d'autre fin qu'une telle

85 ATF 63 III 60.

86 Art. 137 al. 2 CO.

87 Art. 78 PCF.

88 Kummer, Klagerecht, p. 143.

89 RCDIP 1974, p. 118 ss.

90 RCDIP 1959, p. 364–365.

91 Jauernig, ZPR, p. 212; comp. Poudret/Wurzbacher, p. 201, 313.

92 Vincent, N° 73, 83; comp. Grzegorzczak, p. 338.

constatation. D'autres tendent, de surcroît, à la modification constitutive des relations entre les parties ou à la condamnation à exécuter une prestation. Le jugement qui leur donne suite produit ainsi un effet formateur, dans le premier cas, un effet exécutoire, dans le second.

Le jugement formateur emporte création d'une situation juridique objective nouvelle, qui s'impose aux tiers comme un fait juridique⁹³. En ce sens, on peut parler d'un effet erga omnes du jugement constitutif. Il convient toutefois de bien distinguer l'aspect substantiel et l'aspect procédural de la modification intervenue; cette modification se rapporte à une relation juridique déterminée, dans laquelle sont impliquées certaines personnes, qui sont en principe parties au procès⁹⁴. C'est la branche du droit dont l'action formatrice relève – le droit matériel ou le droit de procédure, selon la nature de l'action – qui délimite le cercle des personnes touchées dans leurs droits substantiels de façon directe ou médiate⁹⁵, ainsi que l'étendue de cette atteinte. L'effet formateur étend les retombées de l'acte aux tiers, mais uniquement dans la mesure où ceux-ci ne pourront pas tenir la modification pour non-avenue, que le droit litigieux ait un caractère relatif ou absolu. C'est de l'étendue de l'autorité de la chose jugée, en revanche, que dépend la faculté de soutenir efficacement que la modification est intervenue à mauvais escient⁹⁶.

Le jugement portant condamnation à une prestation bénéficie d'un effet exécutoire, grâce auquel le vainqueur peut obtenir la matérialisation de sa prétention, en recourant s'il le faut à l'assistance de la force publique.

Des divers effets succinctement passés en revue, seule la force obligatoire intraprocédurale garantit une protection partielle de la décision contre les attaques dont elle pourrait être l'objet. Or c'est cette protection, armure de l'effet déclaratif, qui présente le plus vif intérêt pour notre propos. Elle est assumée, dès l'extinction de l'instance, par la force et l'autorité de la chose jugée.

3. *L'autorité de la chose jugée et la force de chose jugée*

Le respect de la chose jugée comporte deux facettes. Il suppose d'une part un blindage préservant l'acte juridictionnel des assauts qui ten-

93 Ramer, p. 19.

94 Guldener, ZPR, p. 382 n. 80; sur les conséquences de l'absence à l'instance d'une partie à la relation substantielle, voir Ramer, p. 27 ss.

95 Jauernig, ZPR, p. 231; Ramer, p. 22–23; Sträuli/Messmer, n. 14 ad § 191 ZPO. Walder, ZPR, p. 266 ss., donne une nomenclature des actions formatrices de droit matériel et de droit procédural.

96 Guldener, ZPR, p. 383; Ramer, p. 24; comp. Roth-Grosser, p. 70.

draient à le détruire. Il implique d'autre part une défense de contourner le résultat auquel le tribunal est parvenu. Selon la terminologie en cours dans notre pays, la première protection relève de la force de chose jugée (formelle Rechtskraft), la seconde de l'autorité de la chose jugée (matérielle Rechtskraft)⁹⁷.

Un jugement entre en force, dans la règle, lorsque les parties perdent la faculté de l'attaquer par une voie de recours ordinaire⁹⁸, soit qu'un tel recours ne leur soit pas ouvert, soit qu'elles aient valablement renoncé à l'interjeter. La force de chose jugée ne se confond ni avec l'effet exécutoire, ni avec l'irrévocabilité, ni même avec l'interdiction, pour le juge, de revenir sur la décision qu'il a prise⁹⁹. Mettant fin à la litispendance¹⁰⁰, elle garantit l'intégrité du jugement en éteignant l'instance dont il est issu, de façon totale ou partielle¹⁰¹. Le droit de procédure détermine la date à laquelle le jugement entre en force, qui correspond en général au moment auquel il déploie ses effets substantiels.

L'autorité de la chose jugée défend le contenu du jugement au regard des contestations ultérieures au cours desquelles la question résolue pourrait être posée à nouveau. Elle prolonge ainsi la portée de l'acte au-delà de l'instance à laquelle il apporte sa conclusion¹⁰².

Des générations de spécialistes se sont disputés à propos de la nature et du fondement de l'autorité de la chose jugée. Les tenants de l'option matérielle, en perte de vitesse dans notre pays, estiment que la chose jugée crée le droit entre les parties¹⁰³. Selon la théorie dite processuelle, le tribunal saisi d'un litige déjà tranché est lié par le jugement antérieur en vertu d'une obligation procédurale. La controverse aurait un intérêt concret si elle débouchait sur des options pratiques cohérentes, en ce qui concerne le respect de la chose jugée, ce qui n'est pas le cas. La théorie matérielle, tout comme la théorie processuelle, peuvent justifier à la fois la sanction impérative ou

97 Habscheid, l'autorité, p. 180; Rechtskraft, p. 202; Graven, p. 230ss.; Deschenaux/Castelin, p. 181-182; Poudret, l'autorité, p. 256; Walder, ZPR, p. 279ss.; Jauernig, ZPR, p. 212-213; Gaul, Grundlagen, p. 108ss.

98 Sur la notion de recours ordinaire, cf. infra, p. 63ss.

99 Voir les écarts possibles entre cette prohibition et la force de chose jugée chez Guldener, ZPR, p. 362ss.

100 Striuli/Messmer, n. 5 ad § 102 ZPO. Sur la terminologie divergente adoptée par la jurisprudence française, d'ailleurs indécise à cet égard, cf. Perrot, chose jugée, N° 45; cours, p. 667.

101 Voir Cornu/Foyer, p. 461.

102 Piguët, p. 22; Poudret, l'autorité, p. 256; Guldener, ZPR, p. 364.

103 Jacotet, p. 522: la chose jugée «fonde un droit nouveau, (...) plus fort que celui qui existait auparavant». Comp. Jauernig, ZPR, p. 214.

dispositive de la chose jugée^{104, 105}. L'alternative ne détermine pas non plus, en droit suisse, si l'autorité de la chose jugée relève du droit fédéral ou du droit cantonal.

Il est d'usage, en doctrine, de distinguer l'aspect négatif et l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée. Le premier, illustré par l'adage *ne bis in idem*, exprime l'idée qu'un tribunal ne doit pas être amené à statuer à nouveau sur un litige déjà vidé, sinon par un refus d'entrer en matière. Le second traduit le fait que le juge est lié par le contenu d'un prononcé portant sur une question qui lui est posée à nouveau. Cette présentation prête à confusion en droit suisse, car le principe *ne bis in idem* n'est pas imposé par le droit fédéral¹⁰⁶, de sorte que l'autorité de la chose jugée n'a, dans certains cantons, qu'un caractère positif. Il nous paraît plus opportun de mettre en lumière une opposition liée à l'objet du litige: soit le tribunal est saisi à titre principal d'une cause déjà jugée, soit il a à connaître d'une contestation différente. Dans la première hypothèse, le respect de la chose jugée peut le conduire à un refus d'entrer en matière (*Wiederholungsverbot*) ou à une interdiction de s'écarter du jugement précédent (*Widerspruchsverbot*), selon les systèmes. Dans la seconde, le juge est lié par le contenu de la décision antérieure, si elle a pour objet une question qu'il doit résoudre à titre préjudiciel. Nous parlerons à l'avenir d'effet principal et d'effet préjudiciel de la chose jugée.

Bénéficient de la chose jugée les jugements définitifs, c'est-à-dire ceux contre lesquels un recours ordinaire n'est plus possible, et qui tranchent le fond d'une contestation, à l'exclusion des actes de juridiction gracieuse¹⁰⁷.

Les décisions qui règlent l'ordonnancement de la procédure (*prozessleitende Entscheide*) n'en sont pas revêtues, car elles peuvent toujours être révoquées par l'autorité qui les a prises¹⁰⁸.

Le statut des ordonnances de mesures provisoires est plus discuté, certaines d'entre elles étant destinées à protéger une prétention distincte de celle qui fait l'objet du procès au fond. Les décisions ordonnant une mesure purement conservatoire passent en général pour n'être pas dotées de l'autorité de la chose jugée¹⁰⁹.

104 Leuch, p. 208.

105 Sur les divers raisonnements possibles, cf. Brumann, p. 97-98; Guldener, ZPR, p. 386, 389 n. 108; Poudret, l'autorité, p. 255 n. 6.

106 Sträuli/Messmer, n. 26 ad § 191 ZPO; ATF 95 II 643-644; 105 II 159.

107 Guldener, ZPR, p. 45; Sträuli/Messmer, n. 8 ad § 212 ZPO; Leuch, p. 208; comp. Jacottet, p. 524; contra Schüpbach, cassation, p. 219 ss., 229.

108 Guldener, ZPR, p. 381 n. 74; Sträuli/Messmer, n. 21 ad § 191 ZPO.

109 Guldener, ZPR, p. 583; F. Knoepfler/P. Schweizer, in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, p. 226 n. 28; cf. aussi RJN 2 I 7.

A l'inverse, l'autorité des jugements processuels est admise par la plupart des tenants de la théorie dite processuelle¹¹⁰. Le jugement processuel peut affirmer la validité de l'instance ou la nier; il se distingue du jugement au fond par son contenu, non par son objet¹¹¹. Si l'on conteste qu'un jugement d'irrecevabilité puisse bénéficier de l'autorité de la chose jugée, le demandeur pourra valablement réintroduire une demande identique à celle qui aurait été déclarée irrecevable, en établissant sa recevabilité d'une façon plus convaincante. Si l'aptitude d'une telle décision à jouir de l'autorité de la chose jugée est affirmée, ce n'est peut-être que dans une mesure restreinte, le droit privé suisse s'opposant à ce que l'irrégularité de l'instance¹¹² entraîne la perte de l'action. Autrement dit, l'autorité de la chose jugée du jugement processuel n'a, au mieux, qu'un caractère ponctuel, et elle n'outrepasse pas les limites de la force obligatoire intraprocédurale¹¹³.

Le jugement pénal statuant sur des conclusions civiles bénéficie de l'autorité de la chose jugée à l'égard d'une instance civile ultérieure¹¹⁴, mais non pas le jugement purement pénal: les parties sont différentes et la question à résoudre également¹¹⁵.

Certains actes de procédure des parties ont pour effet l'extinction de l'instance, alors que d'autres vident la contestation ou sont réputés y mettre fin. Les premiers, tel le désistement d'instance, laissent intacte la question de fond. Les seconds, parmi lesquels on mentionnera l'acquiescement, le désistement d'action et la transaction, déploient des effets variables selon les systèmes. Ici, ils appellent une décision de juge assimilée à un jugement, en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée. Ailleurs, ils mettent fin au litige ipso jure et obéissent à un régime d'efficacité défini par le droit matériel, sous réserve des formes procédurales dans lesquelles leur invalidité doit être déclarée ou constatée¹¹⁶.

110 Habscheid, DJP, p. 306-307; Brumann, p. 84; Graven, p. 242; Piguet, p. 31. Le code zuricois et ses commentateurs nient l'autorité de la chose jugée des jugements processuels (§ 188 al. 2. 191 ZPO; Guldener, ZPR, p. 381 n. 77; Sträuli/Messmer, n. 20 ad § 191 ZPO), que les exégètes du code bernois lui reconnaissent (Leuch, p. 209; HP, Marti, p. 61). Pour le droit neuchâtelais, cf. CCC VI 184.

111 Henckel, Parteilehre, p. 195; Haus, p. 55. L'objet est identique, car le jugement processuel statue sur la demande, comme le ferait un jugement au fond. Le contenu est différent, plus restreint, que celui d'un jugement au fond, parce que le tribunal se dispense de trancher la question qui lui est posée à titre principal.

112 Voir par exemple CCC VI 72ss.; RJN 6 I 586.

113 Comp. Poudret/Wurzbürger, p. 314; Haus, p. 57. Sur le plan théorique, en revanche, rien ne s'oppose à ce que le jugement processuel bénéficie d'une pleine autorité, même dans une conception qui rejette – justement – les conditions de recevabilité, sous réserve du type de protection sollicitée, hors de l'objet du litige; cf. Henckel, Parteilehre, p. 194-195.

114 Sträuli/Messmer, n. 2 ad § 191 ZPO; Leuch, p. 208.

115 Graven, p. 252; Habscheid, Rechtskraft, p. 221; Guldener, ZPR, p. 384, 385.

116 ATF 110 II 46, et les références; cf. infra, p. 163ss.

Quant aux limites objectives de la chose jugée, le principe reçu en droit suisse est d'une lumineuse simplicité: le dispositif du jugement est seul revêtu de l'autorité de la chose jugée, à l'exclusion des motifs. Les parties et les tribunaux sont liés par la décision, non par les raisons de décider¹¹⁷. Le dispositif ne doit toutefois pas être pris dans son sens formel. Les motifs intégrés à tort dans le dispositif ne perdent pas pour autant leur qualité. A l'inverse, le dispositif comporte souvent une composante implicite, qui jouit également de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, lorsque le demandeur n'obtient que partiellement gain de cause, le jugement présente deux facettes: il lui accorde définitivement une partie de ce qu'il demandait, le déboutant tout aussi définitivement pour le surplus. Mais qu'entendre par le surplus? La question prend toute son importance dans la perspective d'une contestation ultérieure. Sa résolution passe alors par une comparaison de la nouvelle demande et des données du litige tranché, dont il sera bientôt question. Relevons déjà que le dispositif du jugement ne recouvre pas nécessairement l'étendue objective et subjective de la contestation. Le juge peut aller au-delà des conclusions des parties, omettre de statuer sur un chef de celles-ci, prononcer autre chose qu'on lui demande, condamner une personne qui n'est pas partie principale à l'instance, etc. En bref, le contenu de l'acte peut se révéler accidentellement plus étroit ou plus large que son objet.

Selon l'opinion dominante, l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif qui déborde en ampleur la portée du litige, mais elle n'exclut pas un nouveau débat judiciaire portant sur une question laissée ouverte par erreur¹¹⁸. Il est admis, de même, lorsque les plaideurs ne défèrent en justice qu'une partie d'un droit divisible, que le jugement se rapportant à cette fraction ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée pour le solde de la prétention¹¹⁹, quand bien même le tribunal hésitera à se déjuger ou à désavouer une autre juridiction.

Il arrive, dans certains cas, que l'autorité de la chose jugée soit étendue aux motifs du jugement. Il en est ainsi lorsque le défendeur oppose la compensation avec succès, pour des raisons évidentes: si tel n'était pas le cas, la créance compensante pourrait être invoquée utilement à l'appui d'une nouvelle demande, l'action y afférente n'étant pas éteinte¹²⁰. Pour

117 Le Tribunal fédéral a abandonné l'un des derniers bastions de la conception selon laquelle les motifs participent parfois à l'autorité du jugement: ATF 106 II 117ss. Les tribunaux zuricois lui ont aussitôt emboité le pas (SJZ 1981 p. 325-326), de même que les tribunaux saint-gallois (SJZ 1983 p. 61-62); cf. aussi ATF 107 II 293-294.

118 Haus, p. 195-198; Leuch, p. 211; Graven, p. 259; Guldener, ZPR, p. 368 n. 34.

119 ATF 99 II 172ss.; SJZ 1963, p. 58; Piguët, p. 37; Kummer, Klagerecht, p. 124ss.; Guldener, p. 192 n. 4; A. Bussy, FJS 921a.

120 Habscheid, Rechtskraft, p. 220-221, estime que ce principe est également valable lorsque la compensation est refusée pour des raisons de fond; contra, Sträuli/Messmer, n. 12 ad § 191 ZPO; Walder, ZPR, p. 286.

M. Guldener, cette règle s'étend à tous les cas dans lesquels le défendeur paralyse la prétention de son adversaire par un moyen de fond¹²¹. Au reste, le dispositif ne permet pas toujours, à lui seul, de déterminer le contenu et la portée du jugement, notamment lorsque la demande a été rejetée. Il faut alors recourir à l'interprétation des motifs, qui permet de cerner l'objet de la décision et l'étendue des effets qui s'y attachent.

Le dispositif du jugement exprimant la «conclusion – synthèse» à laquelle le tribunal est parvenu sur la question principale qui lui est posée, on admet généralement en Suisse que les questions résolues à titre préjudiciel n'emportent pas chose jugée¹²². Encore faut-il définir la question que le tribunal a tranchée à titre principal.

La prétention s'étant dissociée de l'action procédurale tandis que s'affirmaient progressivement les principes «jura novit curia», «da mihi factum, dabo tibi jus», etc., les parties n'ont, en droit moderne, plus qu'à alléguer, à prouver et à conclure, sans être tenues de tracer elles-mêmes le cheminement juridique qui mène du point de départ (les faits) au point d'arrivée (le dispositif). Cette évolution a rendu délicate une délimitation précise de l'obstacle formé par l'autorité de la chose jugée. La détermination de son étendue suppose une comparaison entre l'objet d'une demande nouvelle et un terme dont les contours ne se dessinent pas toujours clairement à la lecture de la jurisprudence et de la doctrine. Théoriquement, il devrait y avoir congruence entre la portée objective de la contestation et celle de l'acte juridictionnel qui la résout. On a vu plus haut que tel n'était pas forcément le cas, puisqu'on ne peut exclure une erreur du tribunal. Abstraction faite d'une conjoncture accidentelle de ce type, certains auteurs estiment que l'objet du litige et celui du jugement ne se recouvrent pas¹²³, soit que le premier déborde les limites du second¹²⁴, soit à l'inverse que le second dépasse le premier en ampleur¹²⁵.

Comme H. Motulsky l'a souligné sans contredit¹²⁶, il ne s'agit pas de comparer la chose nouvellement demandée avec l'objet de la demande précédente, mais bien avec celui du jugement qui lui a fait suite, ce qui reporte la difficulté à l'étape suivante, savoir la définition de l'objet du jugement. Le tribunal étant tenu d'appliquer le droit d'office¹²⁷, il est logique

121 ZPR, p. 370; comp. Leuch, p. 211, et Haus, p. 190–191.

122 ATF 105 II 3–4; 99 II 174; Graven, p. 241; Leuch, p. 210; Sträuli/Messmer, n. 9 ad § 191 ZPO; cf. aussi JT 1971 III 39ss., critiqué par Poudret/Wurzbacher, p. 201, 313.

123 Meier, Jura, p. 25 n. 14.

124 Guidener, ZPR, p. 203; Schwander, p. 218; comp. Haus, p. 193.

125 Meier, Jura, p. 72 n. 262, et les références.

126 P. I–2.

127 Schwander, p. 215.

que l'autorité de la chose jugée s'étende à toutes les constructions juridiques qu'il est astreint à vérifier à partir des faits qui lui sont rapportés¹²⁸. Il faut donc s'attacher plus à l'objet présumé du jugement qu'au raisonnement auquel le tribunal s'est effectivement livré. Or les limites de cette présomption ne peuvent être révélées que par un examen de l'objet du litige.

Si une tendance minoritaire estime que la portée objective de la chose jugée ne débord pas la prétention matérielle sur laquelle le tribunal s'est positivement prononcé¹²⁹, plusieurs théories à caractère plus spécifiquement procédural se disputent actuellement la définition de l'objet du litige¹³⁰, sous l'œil assez neutre, pour l'instant, du Tribunal fédéral¹³¹.

La première entend individualiser le litige sur la base d'un critère unique (eingleidriger Streitgegenstand), soit les conclusions de la demande, voire, de façon plus vaste encore, le but qu'elle tend à atteindre. La seconde prend également les conclusions pour référence, mais identifie la contestation de façon plus précise, par le complexe de faits allégués à l'appui de celles-ci (zweigliedriger Streitgegenstand).

H. U. Walder souscrit de façon générale à la conception moniste¹³² qu'il estime être la plus commode en pratique, alors que M. Kummer¹³³, M. Guldener¹³⁴, et F. Balmer¹³⁵ n'y adhèrent que pour cerner les contours d'une prétention «individualisée», telle celle, par exemple, qui tend au prononcé de la titularité sur un droit absolu ou à la constatation de l'existence d'une relation juridique.

La tendance dualiste moderne peut être décomposée en deux embranchements principaux.

Selon un premier courant, la cause de la demande est constituée par un ensemble de faits constituant une entité historique. Lancée en Allemagne par A. Nikisch¹³⁶, cette théorie a été délaissée dans sa patrie d'origine pour réserver la part trop belle à des facteurs purement circonstanciels.

128 Mejer, Iura, p. 26.

129 Voir n. 124 supra.

130 Cette définition peut varier selon le contexte dans lequel la notion d'objet du litige s'inscrit (cf. Henckel, Parteilehre, p. 292, et les références, à la n. 150; comp. Jauernig, ZPR, p. 134). Des quatre domaines dans lesquels elle joue un rôle essentiel, soit la litispendance, la jonction de causes, la modification de la demande et l'autorité de la chose jugée, seul le dernier est pris en considération ici.

131 Cf. infra, p. 307.

132 ZPR, p. 292.

133 Klagerecht, p. 72 ss.

134 ZPR, p. 198.

135 P. 422.

136 Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935, en ce qui concerne les «Leistungsklagen».

La seconde option, qui a trouvé un représentant en la personne de W.J. Habscheid, abandonne le critère temporel pour s'attacher plutôt aux liens de connexité qui soudent entre eux les faits constitutifs du «Lebenssachverhalt» que les plaideurs présentent au juge. Les limites de ce conglomérat sont tracées, de cas en cas, eu égard au sens commun, à la raison populaire¹³⁷. Ce qu'il gagne en souplesse, ce point de vue le perd en prévisibilité, par rapport à l'*Individualisierungstheorie* classique, qui opèrerait un renvoi à la règle de droit applicable. Il a donc été affiné, notamment, par R. Bruns, à qui l'on doit la notion de cause «structurée»¹³⁸. L'individualisation de la demande suppose, dans cette optique, un retour à la règle de droit applicable, mais uniquement pour cerner les contours de l'ensemble de faits esquissant la cause de la prétention. En d'autres termes, si la détermination de l'objet du litige reste une question purement procédurale, on ne peut toutefois s'abstraire complètement de la norme dans laquelle la solution de la contestation doit être recherchée¹³⁹. La vertu essentielle de cette théorie tient au fait qu'elle permet de renoncer à la distinction, devenue classique en doctrine suisse, entre les prétentions individualisées, identifiables selon la méthode moniste, et les actions non individualisées, auxquelles devrait être appliqué le raisonnement dualiste. W.J. Habscheid a déjà relevé les curiosités auxquelles conduit ce dédoublement¹⁴⁰. O. Haus a démontré, plus récemment, qu'il était inutile de passer par la construction d'une prétention «individualisée» pour parvenir au résultat recherché, savoir une vision très large de l'objet du litige dans certains cas¹⁴¹. Cette extension résulte d'un élargissement de la cause, non de la disparition de celle-ci.

L'objet du litige se trouve ainsi individualisé, dans tous les cas, par les conclusions de la demande et par sa cause, soit le complexe de faits que le demandeur allègue, reliés entre eux par un raisonnement faisant appel à la règle ou aux règles de droit matériel entrant en considération.

Les conclusions constituent la «boussole de la réponse, des preuves (...) et de la sentence du juge»¹⁴². Elles ne doivent pas être prises à la lettre. Leur teneur peut être identique, alors que les demandes qu'elles couronnent ne le sont pas – ainsi lorsque deux demandes en paiement de Fr. 500.– se fondent sur des faits différents –, l'inverse pouvant se vérifier aussi, notam-

137 (Verkehrsanschauung); Streitgegenstand, p. 215.

138 ZPR, N° 139c, notamment p. 188 n. 44.

139 Jauernig. ZPR, p. 135; comp. Kummer, Klagerecht, p. 94.

140 Streitgegenstand, p. 196 ss.; cf. aussi Thorens, l'objet, p. 44.

141 P. 113, 115–116, 147–148.

142 Ostervald, p. 383.

ment lorsqu'une prétention en englobe une autre¹⁴³. Définissant la chose demandée, les conclusions identifient également le type de protection sollicitée du juge, qui entre dans l'individualisation du litige. Tel n'est pas le cas, en revanche, des autres conditions de recevabilité de la demande¹⁴⁴, quand bien même le jugement au fond suppose, en principe, une décision affirmant implicitement la validité de l'instance.

Quand à la limite à partir de laquelle l'état de fait allégué à l'appui des conclusions se distingue suffisamment de l'objet d'un litige déjà tranché, elle ne peut être tracée abstraitement. D'une façon générale, il est admis que les faits qui modifient assez le «Sachverhalt» initial pour fonder les conclusions de manière indépendante permettent au demandeur d'échapper aux rigueurs de l'autorité de la chose jugée. Inversement, celle-ci fait obstacle à ce que le juge statue librement sur une demande reposant sur un état de fait simplement complété, étoffé, par rapport à celui sur lequel portait le jugement précédent. C'est en examinant l'objet de celui-ci (soit en prenant connaissance de la cause de la première demande) qu'il en découvrira l'étendue¹⁴⁵.

Ainsi, une créance peut naître de multiples manières, le droit de fond décrivant l'événement qui détermine son existence et son exigibilité. Les faits qui donnent naissance à une créance de change ne se confondent pas avec ceux qui engendrent une prétention fondée sur un contrat de la partie spéciale du Code des obligations. Les conclusions tendant au paiement de telle somme peuvent reposer sur deux ou plusieurs causes différentes.

A l'inverse, la demande concluant à la constatation de ce que tel rapport juridique n'existe pas donne lieu à un jugement qui suppose nécessairement l'examen de tous les faits dont il pourrait résulter qu'il existe effectivement. L'objet du jugement et son autorité s'étendent à toutes les circonstances propres à fonder la demande contraire.

Il arrive aussi qu'une prétention naisse de l'évolution d'une relation juridique durable instaurée, par exemple, par le mariage ou par certains contrats. La demande énumérant une série d'événements, à l'effet de démontrer que la vie commune est devenue insupportable, appelle un jugement statuant sur la dégradation globale du lien matrimonial. Son rejet n'exclut cependant pas l'exercice ultérieur d'une action en divorce fondée sur

143 Kummer, Klagerecht, p. 67.

144 Sur cette question, cf. Haus, p. 53 ss.

145 Telle nous paraît être la raison de la confusion relevée par Motulsky, p. 1-2.

les mêmes faits, si ceux-ci sont mis en parallèle avec d'autres, qui éclairent les conclusions d'un jour nouveau. L'indépendance des causes doit être comprise ici de façon plus souple que lorsque la demande se fonde sur un ensemble de faits délimités dans le temps.

En résumé, l'autorité de la chose jugée doit être cernée objectivement de manière que soit préservé l'équilibre entre deux impératifs contradictoires: d'une part, le justiciable ne doit pas être astreint à plaider plusieurs fois la même cause; d'autre part, il est inadmissible qu'une partie soit «jugée sans le savoir, sur des questions qui n'ont pas fait l'objet d'une instruction complète et contradictoire»¹⁴⁶. Dans le doute, mieux vaut encore que la même question soit examinée deux fois, plutôt que de voir l'autorité de la chose jugée se transformer en instrument du déni de justice¹⁴⁷.

Venons-en aux limites subjectives de la chose jugée. Le jugement règle le sort du litige qui oppose les parties. Seules celles-ci peuvent en principe s'en prévaloir ou se le voir opposer, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature relative ou absolue du droit déduit en justice¹⁴⁸. Ici encore, le principe de base est incontesté, mais son application peut se heurter à des dérogations réelles ou apparentes, dans certaines hypothèses particulières.

Par partie, il faut évidemment entendre la personne présente ou représentée au procès, et non le représentant légal ou conventionnel qui le conduit. La partie au rapport juridique substantiel qui n'est pas atraite dans la procédure est considérée comme un tiers, s'agissant des effets du jugement, à moins qu'elle ait déclaré s'y soumettre d'avance¹⁴⁹. La notion de partie doit donc être comprise dans son sens formel¹⁵⁰.

Le successeur universel – par successeur, on entend ici la personne qui devient titulaire des droits et obligations d'une partie après l'entrée en force du jugement¹⁵¹ – se substitue à son auteur, sauf en ce qui concerne les droits strictement personnels, de sorte qu'il est également touché par l'autorité de la chose jugée.

146 Jacottet, p. 526–527.

147 Comp. ATF 105 Ia 97ss. Certains auteurs estiment que les rigueurs parfois difficiles à prévoir de l'autorité de la chose jugée fondent le juge à faire preuve d'un interventionnisme assez marqué dans la reconstitution des faits; cf. Schaad, p. 208–209; Thorens, la cause, p. 198.

148 Guldener, ZPR, p. 373, n. 49; Sträuli/Messmer, n. 14 ad § 191 ZPO.

149 ATF 90 I 119.

150 Sur la distinction entre la notion matérielle, formelle et fonctionnelle de partie, cf. Roth-Grosser, p. 47ss.; W. Heintzmann, Die Prozessführungsbefugnis, thèse, Köln 1970, p. 3ss.

151 Quant aux effets d'une succession survenue en cours d'instance, cf. Roth-Grosser, p. 47ss.; art. 35, 161 CPCN.

La position du successeur particulier est moins claire. Certains le considèrent en principe comme un tiers, alors que les représentants d'une tendance actuellement majoritaire l'assimilent au successeur universel. Pour E. Roth-Grosser, l'extension de la chose jugée au successeur particulier dépend de la nature de la prétention qui a fait l'objet du jugement. Son ampleur doit être déterminée de cas en cas par référence à des critères empruntés au droit de fond et au droit de procédure¹⁵². Notre auteur conclut ainsi en principe à une extension de la chose jugée au successeur, en assortissant la règle de nombreuses exceptions¹⁵³, dont on ne signalera que la plus évidente: l'acquéreur de bonne foi (successeur particulier) ne pourra être condamné à restituer un objet à la partie qui a intenté avec succès une action en revendication à l'aliénateur de la chose.

S'agissant des tiers, la situation juridique créée par les jugements formateurs partage les esprits. Si leur aptitude à bénéficier de l'autorité de la chose jugée n'est plus guère contestée de nos jours, une partie de la doctrine nie que l'opposabilité du jugement aux tiers relève de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁴. En réalité, l'autorité du jugement formateur détermine uniquement le cercle des personnes privées de la faculté de soutenir en justice que la modification consacrée par le jugement l'a été à mauvais escient, l'opposabilité elle-même ressortissant à l'effet formateur¹⁵⁵. Précisons encore que cette opposabilité (*Anerkennenmüssen*) peut ne porter que sur la relation (*Betroffensein*) entre les parties au jugement (par exemple dans l'hypothèse d'une demande en invalidation d'un testament) ou s'étendre à la situation juridique d'un cercle de personnes plus étendu que les seules parties (par exemple lorsqu'une décision d'assemblée générale est annulée à la demande d'un actionnaire).

Les lois de procédure réservent à certaines personnes une position particulière, dont dépend la portée subjective de l'autorité de la chose jugée.

Le lien de consorité simple est l'expression subjective de la jonction de plusieurs litiges en un seul procès. Cette réunion ne concerne que le déroulement de la procédure, sans créer entre les consorts des rapports excédant les exigences d'un simple besoin de commodité. Même si le jugement tient en un seul document, il y a autant de choses jugées que de couples demandeur/défendeur. Inversement, la consorité nécessaire résulte du caractère indivisible de la prétention déduite en justice, qui requiert une solution

152 P. 100.

153 P. 103ss.; voir aussi M. Kummer, *Klagerecht*, p. 200ss.

154 Leuch, p. 212-213; Graven, p. 260; Scyboz, p. 22.

155 Schwab, p. 131-132.

unique opposable à la communauté des consorts et invocable par elle. Lorsqu'un consort nécessaire est tenu à l'écart du procès parce que, s'étant abstenu de se joindre au demandeur, il n'a pas été attaqué comme défendeur, la demande doit être rejetée faute de qualité pour défendre¹⁵⁶. On peut discuter la compatibilité de cette solution avec la théorie générale de l'instance, mais il est certain qu'elle conduit à un résultat pratique satisfaisant, en une matière où la confrontation de la prétention et de l'action qui la met en œuvre prend parfois l'allure d'un casse-tête. Pour le reste, la règle ordinaire s'applique, le jugement ne bénéficiant de l'autorité de la chose jugée que dans les relations entre les consorts et l'adversaire commun, et non dans celles des consorts entre eux¹⁵⁷.

L'intervention est l'acte par lequel un tiers, soit une personne qui n'était pas partie à l'instance, figure désormais à la procédure. Le statut procédural de l'intervenant varie selon les lois et alimente les controverses au sein d'un même système. La doctrine distingue entre l'intervention volontaire (agressive – principale, ou conservatoire – accessoire) et l'intervention forcée, qui apparaît sous des formes et des dénominations diverses, tels la dénonciation de litige, l'appel en cause, l'évocation en garantie et l'assignation en déclaration de jugement commun. La pratique suisse allemande assimile globalement l'intervenant à un tiers¹⁵⁸, alors que les auteurs francophones voient plutôt dans l'intervention volontaire une institution permettant de régler en un seul procès le sort des relations litigieuses entre les parties originaires et l'intervenant¹⁵⁹. La solution adoptée par le législateur neuchâtelois apparaît particulièrement confuse: l'article 51 CPCN dispose en effet que l'intervenant agit comme consort de la partie à laquelle il se joint, en précisant que le jugement est rendu au nom et pour le compte de celle-ci. Si l'on se rappelle que le consort est partie, on s'aperçoit que l'intervenant devrait en quelque sorte être considéré comme partie à l'instance, mais non au jugement. En réalité, les règles formelles relatives à la consorité s'appliquent, mais l'intervenant n'est pas partie principale à l'instance¹⁶⁰. L'intervenant ne défère pas en justice un droit propre. Les effets de la décision à rendre le toucheront en vertu du droit de fond, et dans la mesure voulue par

156 ATF 89 II 429ss. Kummer (ZBJV 1964, p. 537ss.) estime qu'il manque au raisonnement du Tribunal fédéral la «letzte Überzeugungskraft», même s'il approuve, en définitive, la solution à laquelle il parvient.

157 Briner, Rechtsmittel, p. 11, et les références.

158 Leuch, p. 212; Guldener, ZPR, p. 309, 312ss.; E. Staehelin, p. 79, 125, 160–161; Briner, Rechtsmittel, p. 14; Sträuli/Messmer, n. 13 ad § 191 ZPO; cf. aussi Deschenaux/Castella, p. 71.

159 Piguët, p. 70–71; Graven, p. 261–262; comp., pour la France, art. 66, 325–338 nCPCF; Perrot, cours, p. 568ss.

160 Schüpbach, cassation, p. 241; BGC 70 p. 15; cf. aussi RJN 3 I 198.

celui-ci¹⁶¹. L'autorité de la chose jugée, en revanche, ne l'atteint pas plus que s'il restait absent de la procédure, mais la loi lui offre la possibilité d'exercer une influence sur la teneur du jugement futur – pour autant que celui-ci soit de nature à compromettre sa situation personnelle – en plaçant une cause qui n'est pas la sienne¹⁶².

La dénonciation de litige produit des effets variables selon les systèmes. Dans certains d'entre eux, d'inspiration française, la dénonciation ouvre une instance nouvelle dans laquelle le dénonçant apparaît comme demandeur, le dénoncé comme défendeur, le procès aboutissant à un jugement commun déployant son autorité à l'égard des trois parties¹⁶³. Le législateur neuchâtelois s'est distancé de cette construction en 1906¹⁶⁴. Depuis lors, le dénoncé peut se mêler à la procédure comme intervenant ou représenter le dénonçant, qui reste seul partie à l'instance et au jugement. Ici aussi, c'est le droit matériel qui régit les conséquences de la dénonciation, s'agissant de la mesure dans laquelle le jugement rendu entre le dénonçant et son adversaire est opposable au dénoncé¹⁶⁵. Il s'agit d'une résultante du principe de la bonne foi, non d'une extension de la chose jugée au tiers.

Sur le plan temporel, il convient de distinguer trois moments, soit celui auquel le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée, celui auquel il est réputé arrêter la situation litigieuse et celui à partir duquel les parties sont privées de la faculté d'introduire des nouvelles données de fait au dossier. Idéalement, ces trois dates devraient coïncider. L'autorité de la chose jugée sanctionnerait ainsi un prononcé reposant sur un état de fait susceptible de toutes les corrections possibles, jusqu'à la date à laquelle il prendrait effet. En fait, cette concordance ne se réalise presque jamais.

En Suisse, l'acquisition de l'autorité de la chose jugée est fonction de l'entrée en force du jugement¹⁶⁶. Avant ce moment, la prévention du risque de contradiction est assumée par l'exception de litispendance. Le rapport de dépendance entre la force de chose jugée et l'autorité de la chose jugée ne signifie évidemment pas que tout acte entré en force soit apte à bénéficier de l'autorité de la chose jugée.

161 Guldener, ZPR, p. 314; Roth-Grosser, p. 71; Walder, ZPR, p. 174; Briner, Rechtsmittel, p. 121; E. Staehelin, p. 79.

162 Geiger, p. 143; pour la solidarité parfaite, cf. ATF 93 II 333–334; contra, Schüpbach, cassation, p. 242. Sur l'intérêt à l'intervention, cf. BJM 1984, p. 104ss., et les références.

163 Poudret/Wurzbürger, p. 75ss.; Guldener, ZPR, p. 311–312.

164 BGC 70 p. 13.

165 ATF 107 Ia 179–180; 90 II 408, et les références.

166 Habscheid, Rechtskraft, p. 222 i. f.; Soliva, p. 33; Graven, p. 232.

A défaut de recours ordinaire, la date déterminante pour l'acquisition de l'autorité de la chose jugée peut être celle du prononcé ou celle de la notification du jugement. Lorsqu'un recours ordinaire est ouvert, mais n'est pas exercé, l'autorité de la chose jugée peut prendre effet à l'échéance du délai ou, rétroactivement, à une date antérieure. De l'avis de certains auteurs, il arrive à l'inverse que l'entrée en force soit retardée, de par l'effet suspensif que le juge peut conférer à l'interjection d'un recours extraordinaire¹⁶⁷.

Le moment auquel les relations juridiques entre les parties sont censées avoir été fixées varie, selon les lois, entre l'inchoation de l'action, le jugement, et une date intermédiaire, entre ces deux extrêmes. Il arrive même que l'état de fait soit stabilisé avant la litispendance¹⁶⁸. La détermination de ce moment est essentielle, car les parties perdent, par l'effet de la forclusion, la possibilité d'invoquer un événement survenu auparavant, à l'appui d'une demande nouvelle¹⁶⁹. Le rattachement de la forclusion à l'autorité de la chose jugée est incontestable, dès l'instant où la cause de la demande est comprise plus largement que comme la seule somme des faits effectivement allégués. Le jugement qui statue sur une prétention se prononce aussi sur sa cause. Il est donc réputé se rapporter à tous les faits qui la composent¹⁷⁰. Contrairement au droit anglais, qui limite la forclusion aux faits que les parties auraient pu invoquer en faisant preuve de diligence¹⁷¹, les droits continentaux appliquent dans la règle le principe de la forclusion objective. C'est le cas en Suisse également, où le Tribunal fédéral se réfère le plus souvent à la prétention (*Anspruch*) jugée, cette notion présentant un degré d'abstraction plus élevé que l'addition des faits que les parties ont ou auraient pu alléguer. Il a toutefois été jugé, en matière de divorce, que les mêmes faits pouvaient fonder utilement plusieurs demandes successives, et même que des faits non allégués, bien que connus des parties, pouvaient l'être par la suite, en complément de ceux qui l'avaient été sans succès¹⁷². Un tel laxisme

167 Cf. *infra*, p. 272-273.

168 C'est le cas lorsqu'un recours extraordinaire est ouvert, qui exclut l'apport de nova.

169 Keitel, p. 24 ss.; Guldener, ZPR, p. 380.

170 Les partisans de la *Substanzierungstheorie*; selon laquelle l'objet du litige consiste dans les conclusions et l'ensemble des faits allégués, se trouvent empruntés lorsqu'il s'agit d'expliquer la forclusion: Thorens (l'objet, p. 41) étudie la question, tandis que Habscheid (l'autorité, p. 195) fait de la forclusion un principe indépendant de l'autorité de la chose jugée.

171 E.J. Cohn, *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München/Berlin 1965, vol. I, p. 887 ss.; comp., pour le droit allemand, L. Häsemeyer, *Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit*, Heidelberg/Hamburg 1979, p. 77-78; Keitel, p. 29, et les références.

172 ATF 88 I 166; 85 II 59; 78 II 403.

ne se justifie pas. Il a été critiqué en doctrine¹⁷³. A notre avis, ce double emploi ne devrait être toléré que s'il se produit des faits objectivement nouveaux qui donnent un relief différent à la dégradation de l'union conjugale envisagée globalement. Par identité de motifs, cette solution peut être étendue aux autres rapports juridiques durables, lorsque ceux-ci se prolongent au-delà du jugement écartant une demande tendant à leur dissolution¹⁷⁴, ainsi qu'à l'hypothèse dans laquelle une accumulation de faits peut engendrer la naissance d'une prétention¹⁷⁵.

On a vu qu'un même fait pouvait participer à l'élaboration de plusieurs causes, et, partant, de plusieurs prétentions. Une loi de procédure qui prescrirait l'allégation cumulative de toutes les circonstances propres à étayer les conclusions prises par les parties, en les déclarant déchues de la faculté de revenir à la charge ultérieurement, sur la base d'un état de fait différent, mettrait en œuvre une déchéance du droit d'action paralysant la réalisation du droit matériel¹⁷⁶.

Quant aux faits qui auraient été allégués par anticipation, mais qui ne se produiraient en réalité qu'après le moment déterminant, ils ne sont pas touchés par la forclusion, car le tribunal ne statue en principe que sur la situation présente. Dans les cas exceptionnels où il n'en est pas ainsi, c'est-à-dire lorsque le droit matériel étend l'autorité de la chose jugée aux relations futures entre les parties, celles-ci peuvent se prévaloir d'un événement infirmant les prévisions du tribunal, par une action formatrice tendant à la modification du jugement¹⁷⁷.

Le droit neuchâtelois rattache implicitement la chose jugée à la date de l'introduction de l'instance¹⁷⁸.

La date jusqu'à laquelle les parties peuvent compléter l'état de fait qu'elles soumettent à l'appréciation du juge varie, elle aussi, selon les systèmes. Elle peut osciller entre celle de l'ouverture de l'instance et celle du jugement définitif rendu en instance de recours. Les écarts qui se présentent, entre le moment auquel les relations litigieuses sont réputées arrêtées par le jugement et la date jusqu'à laquelle la production de nova est autorisée, peuvent avoir de fâcheuses conséquences. Il faut distinguer à cet égard les

173 Leuch, p. 215; Kummer, *Klagerecht*, p. 98 n. 3; Haus, p. 207; Baerlocher, p. 169 n. 776; cf. aussi Hinderling, p. 229-230; comp. *Zusatzband*, p. 185.

174 Cf. par exemple ATF 97 II 397.

175 Cf. par exemple ATF 37 II 540.

176 Kummer, *Klagerecht*, p. 109 ss.; Schwander, p. 214-215; comp. Leuch, p. 213.

177 Cf. *infra*, p. 104 ss.

178 Art. 160 CPCN; Jacotet, p. 544-545; cet auteur rédigea le premier projet de code de procédure (BGC 35 p. 166).

faits objectivement nouveaux et ceux qui ne le sont pas, étant rappelé qu'il n'est question ici que de ceux qui se rattachent à la cause de la demande.

Exclure l'allégation de faits survenus avant la date déterminante pour l'autorité de la chose jugée, mais parvenus à la connaissance des parties après cette date, c'est étendre la forclusion des faits non présentés dans une mesure peut-être inéquitable, mais néanmoins admissible. Empêcher les parties d'alléguer un fait qui s'est produit avant la date à laquelle la chose jugée se rattache, mais après qu'elles ont perdu la faculté de présenter des nova, c'est les priver de leur droit d'action. Le droit matériel ne tolère pas cela. C'est la raison pour laquelle W.J. Habscheid estime que les dispositions fixant les relations juridiques au jour du jugement doivent être comprises comme si elles renaient la date à partir de laquelle la présentation de nova est exclue¹⁷⁹. Enfin, lorsque le tribunal peut ou doit exceptionnellement prendre en considération un fait survenu après la date déterminante pour la chose jugée, celle-ci se trouve avancée au moment de leur surveillance ou de leur invocation, mais elle ne peut l'être globalement. Cela reviendrait en effet à disqualifier définitivement, et de façon inadmissible, les faits soumis à la règle ordinaire. Force est donc d'admettre une relativisation du rattachement temporel de la chose jugée, ce qui n'est évidemment pas fait pour clarifier la situation procédurale des parties¹⁸⁰.

Quelques mots encore de la sanction de l'autorité de la chose jugée. Les lois de procédure suisses et la doctrine se rattachent plutôt à la conception allemande, selon laquelle la chose jugée doit être respectée d'office¹⁸¹, bien que la tradition française reste vivace dans certains cantons romands, dont celui de Neuchâtel, et qu'elle ait été reprise dans certaines lois suisses alémaniques récentes¹⁸².

Pratiquement, la théorie impérative ne nous paraît pas avoir les moyens de ses ambitions. On imagine difficilement les tribunaux se procurer par eux-mêmes la certitude de ce que la question qu'ils ont à résoudre n'a pas été jugée par une autre instance, voire même par leur propre autorité, lorsqu'il s'agit de juridictions très sollicitées.

Si la chose jugée doit être respectée d'office, l'invocation de ce moyen devrait être soustraite à toute limitation temporelle. Là où elle n'est observée que sur demande de la partie à laquelle elle profite, tout dépend de la notion à laquelle elle se rattache. On peut en faire une fin de non-rece-

179 Rechtskraft, p. 222.

180 Cf. infra, p. 111-112, pour le droit neuchâtelois.

181 Gaul, Rechtskraft, p. 512 n. 398.

182 RJN 5 I 45; § 191 al. 4 ZH; § 164 al. 4 SZ; art. 98 TJ; § 264 SH.

voir, un moyen préjudiciel ou une défense au fond, considérer qu'il s'agit d'un argument juridique ou soumettre ce moyen au même régime que toute autre allégation de fait.

Il est une autre conséquence importante qui découle à nos yeux du choix entre la sanction impérative ou dispositive de la chose jugée: si cette circonstance doit être prise en considération d'office, le jugement qui l'ignore est vicié. Dans l'exercice de sa fonction, le juge n'a pas le pouvoir de «déroger» à un acte juridictionnel revêtu de l'autorité de la chose jugée, comme peut le faire le législateur pour un texte de loi. C'est la raison pour laquelle le § 580 ch. 7a de la ZPO allemande, qui fait de la découverte d'un jugement un motif de révision contre un acte ultérieur rendu en contradiction de ses dispositions, est devenu la cible des auteurs qui entendent donner une portée absolue et impérative à la chose jugée, et qui en déduisent l'inefficacité totale du jugement qui ne la respecte pas¹⁸³. A l'inverse, dans un système qui reconnaît aux parties la faculté de renoncer à l'exception, la priorité sera accordée au dernier jugement en date, au motif que les parties, n'ayant pas utilisé les voies de recours mises à leur disposition, sont réputées avoir renoncé au bénéfice de la première décision¹⁸⁴. G. Leuch observe à ce propos que le législateur bernois n'a pas tiré toutes les conséquences logiques du respect d'office de la chose jugée, en ne considérant pas comme nul un jugement rendu en contradiction d'un acte juridictionnel antérieur¹⁸⁵. Faute d'avoir été attaqué dans les délais légaux, celui-là obtiendra la priorité sur celui-ci. Tel nous paraît également être le cas en droit neuchâtelois¹⁸⁶.

IV. Les recours

1. Le recours en tant qu'action

Après une approche de la vérité judiciaire et de l'un des principaux facteurs auxquels elle doit sa relativité, on en arrive au point de friction entre les postulats de Justice et de Sécurité. La plupart des ordres juridiques admettent la possibilité d'un écart entre le droit pensé et le droit appliqué. L'acte juridictionnel bénéficie d'une présomption de vérité, doublée d'une présomption de régularité et de validité¹⁸⁷, mais le droit ménage diverses

183 Gaul, Grundlagen, p. 93 ss., et les références.

184 Perrot, chose jugée, N° 184.

185 P. 208; comp. Guldener, ZPR, p. 386.

186 Art. 393 al. 1 lit. c CPCN.

187 Sur la fonction de ces deux présomptions et sur la relation qui les unit, cf. Boyer, p. 74-75; voir aussi Tomasin, N°s 324 ss.

possibilités de contrôle qui peuvent aboutir à sa destruction ou à sa correction. Les voies de recours comptent parmi celles-ci.

Quant au but dernier des voies de recours, et de la procédure qu'elles impliquent, l'opinion quasi unanime reconnaît qu'il se confond avec celui du droit judiciaire tout entier: une contribution à la réalisation du droit matériel. Elles ne détiennent en cela aucun monopole, pas plus qu'elles ne constituent les seuls correctifs propres à entraîner l'invalidation d'un jugement. Que l'on songe par exemple au relief de défaut. Pour en rester à une approche négative, relevons encore que les voies de recours ne sont pas limitées au domaine de l'activité juridictionnelle. Le recours sert de contre-poids au caractère juridiquement impératif d'un acte. Il apparaît plus particulièrement nécessaire lorsque l'acte est imposé aux personnes qu'il touche. C'est pourquoi cet outil est prévu, dans la règle, pour contrebalancer la force obligatoire des décisions prises par les autorités investies d'une parcelle de l'imperium, et non seulement celles qui ressortissent au pouvoir judiciaire. Un rapport de subordination librement consenti peut cependant être aussi tempéré, dans ses conséquences, par l'instrument du recours. Tel est le cas en matière arbitrale.

Le terme de recours est susceptible de plusieurs acceptions. Il désigne le document qui sert de support à l'acte de procédure qu'il contient (lorsqu'il est question du dépôt d'un recours), l'acte lui-même, en tant que manifestation de la volonté (ainsi lorsque le recours est tardif) ou encore la faculté offerte au justiciable de remettre en question un jugement qui lui fait grief (dans l'expression voies de recours). C'est de ce dernier sens qu'il sera question ici.

Une définition générale, complète et précise des voies de recours, ne saurait être proposée que par référence à un ordre juridique donné à tel stade de son développement. En droit allemand, par exemple, la terminologie légale n'accueille dans la notion de «Rechtsmittel» que les moyens destinés à permettre un contrôle du jugement avant qu'il entre en force¹⁸⁸, alors que les droits français et suisse ne connaissent pas cette restriction.

Le recours présente d'évidentes analogies avec l'action, car il consiste dans le pouvoir, reconnu à une personne, de présenter devant un juge une prétention dirigée contre une autre personne¹⁸⁹. A l'instar de l'action fondée sur le droit matériel, le recours fonctionne selon une démarche intellectuelle graduelle. L'examen de son mérite suppose un contrôle préala-

188 Gilles, *Rechtsmittel*, p. 3 ss.

189 Cornu/Foyer, p. 323.

ble de son admissibilité. Comme celui de l'action, l'exercice du recours est facultatif. Le plaideur est libre de se soumettre au jugement qui lui fait grief, en tout ou partie. De même, l'autorité de recours ne peut exercer son contrôle, en principe, que dans les limites posées par les conclusions du recourant. Autre conséquence de l'adage «ne eat judex ultra petita partium»: la prohibition de la reformatio in pejus. Modifier un jugement dans un sens qui le rendrait encore plus défavorable pour le recourant reviendrait, pour l'autorité, à intervenir d'office en faveur de l'intimé. La portée de ce principe n'est évidemment pas absolue. Elle n'excède pas les limites de l'idée supérieure dont ils sont issus, savoir celles de l'autonomie privée¹⁹⁰. La procédure sur recours obéit par ailleurs à un régime d'officialité plus accusé que le procès ordinaire sur lequel il se greffe. L'acquiescement au recours ne donne pas, en général, le pouvoir de provoquer ipso jure l'anéantissement, voire la modification de l'acte attaqué. Cette règle tient à l'objet particulier de l'instance de recours – un acte étatique – que les parties ne sauraient invalider de leur propre autorité. La compréhension des exceptions qui lui sont attachées suppose un examen concret de l'objet du litige en instance de recours.

La pratique et la doctrine ont tiré de deux critères, l'effet dévolutif et l'effet suspensif, une distinction essentielle en ce qui concerne l'objet du litige.

Le terme dévolutif a plusieurs sens.

En Allemagne, il évoque une relation hiérarchique: un recours est dévolutif lorsque l'autorité compétente pour en connaître est supérieure à celle dont émane l'acte attaqué¹⁹¹.

En France, l'effet dévolutif se traduit par le fait que l'autorité de recours est saisie du litige lui-même, indépendamment de la position hiérarchique respective des tribunaux en présence¹⁹².

En Suisse, la terminologie manque de clarté, sans doute en raison des influences étrangères qui se sont exercées sur nos lois. La doctrine majoritaire retient le critère hiérarchique, sans qu'il soit toujours possible de discerner s'il est pris pour lui-même, ou s'il est combiné avec le critère matériel¹⁹³. Certains auteurs insistent néanmoins sur l'aspect matériel de la dévo-

190 Guldener, ZPR, p. 498 i. f.

191 Jauernig, ZPR, p. 245.

192 Perrot, cours, p. 716 ss., 740, 751, 770; Vincent, N°s 594, 621 ss., 671; comp. Joly, N° 199.

193 Habscheid, DJP, p. 470; Guldener, ZPR, p. 484; Walder, ZPR, p. 464; Rust, p. 8; Anas-tasi, p. 49-50; Staehelin, Berufung, p. 29.

lution¹⁹⁴, tout comme le Tribunal fédéral, lorsqu'il s'interroge sur le sens de cette notion en droit fédéral. S'il arrive que notre haute cour se réfère au pouvoir de décision de l'autorité de recours et nie le caractère dévolutif d'un recours conduisant à la seule cassation de l'acte attaqué¹⁹⁵, elle souligne en général l'élément tiré du pouvoir, conféré à l'autorité de recours, d'exercer son contrôle sur le fond de l'affaire¹⁹⁶. Est dévolutif le recours qui reporte la cause dans son entier devant l'autorité de recours, même si celle-ci est liée aux constatations de fait du tribunal inférieur. Il suffit qu'elle puisse revoir l'affaire, indépendamment de toutes conditions de forme, au point de vue de l'application du droit civil. C'est donc ce facteur, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours, qui détermine si le recours ouvre l'accès à un «nouveau degré de juridiction», si le jugement a été rendu «en dernière instance», «en dernier ressort», et si l'autorité revisite la cause «dans son entier», ou «au fond».

La possibilité de recourir, l'interjection d'un recours ou une décision du juge peuvent paralyser l'acte attaqué, le maintenant dans un état d'efficacité latente. On parle en pareille hypothèse de l'effet suspensif du recours.

Lorsqu'il s'agit de déterminer, en droit suisse, si l'on est en présence d'un recours ordinaire, seul entre en considération l'effet suspensif conféré par la loi au délai de recours et à l'exercice du recours dans ce délai¹⁹⁷. On peut alors utiliser le raccourci consistant à qualifier la voie de recours elle-même de suspensive.

Il n'y a pas unanimité sur le point de savoir si l'effet suspensif diffère l'exécution du jugement attaqué ou son entrée en force¹⁹⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral, ici aussi, suscite une certaine perplexité. Certains arrêts définissent l'effet suspensif par rapport à l'entrée en force de l'acte attaqué¹⁹⁹; d'autres le font en référence à l'effet exécutoire²⁰⁰. Bien qu'apparentés et complémentaires, ces deux effets ne vont pas nécessairement de pair²⁰¹, et certains législateurs bien inspirés les ont mentionnés tous deux au chapitre de l'effet suspensif²⁰². En réalité, on peut dénombrer autant d'effets

194 M. Müller, p. 72 ss.; Deschenaux/Castella, p. 197; Schüpbach, cassation, p. 97.

195 ATF 85 II 285; 78 II 189.

196 ATF 84 II 465; 63 II 328.

197 Walder, ZPR, p. 464; Würzburger, p. 206.

198 Cf. P. von Safis, p. 2 n. 1-4; cet auteur juge d'ailleurs cette alternative trop étroite. Voir p. 3, 88, 94 ss.

199 ATF 63 II 328; 51 III 193; Birchmeier, p. 169.

200 ATF 85 II 285; 78 II 189; Guldener, ZPR, p. 486 n. 39.

201 ATF 106 Ia 155 ss.; Hagenbüchle, p. 43.

202 Voir par exemple les § 260 et 275 ZH.

suspensifs que d'effets du jugement. La portée de l'effet suspensif varie au gré des lois. Elle peut être fonction du but recherché par la décision qui accorde cet effet.

A notre sens, l'accent doit être placé, en ce qui concerne les recours suspensifs proprement dits, sur l'entrée en force de l'acte attaqué. Mais pour éviter de tomber dans la tautologie qui consiste à définir l'entrée en force par les voies de recours à disposition des plaideurs et réciproquement, il conviendrait de prendre pour critère l'aptitude du recours à empêcher que le jugement ne déploie ses effets substantiels.

Les voies de recours à la fois dévolutives et suspensives sont donc ordinaires au sens de l'article 48 OJF. Selon un point de vue très répandu dans notre pays, les recours ordinaires prolongent le litige originaire, au contraire des recours extraordinaires, qui ouvrent une instance nouvelle, indépendante de celle dans laquelle s'inscrit l'acte attaqué²⁰³. Pour reprendre la tournure de H. Schüpbach, les premiers «succèdent à titre universel» à l'action originaire, alors que les seconds «sanctionnent des droits nouveaux»²⁰⁴. Cette distinction, fondamentale sur le plan dogmatique, est également consacrée par la doctrine française²⁰⁵ et par la science juridique allemande, qui l'utilise pour tracer la limite entre les recours et les actions formatrices de droit procédural²⁰⁶. Poussée jusqu'à ses implications dernières, elle aboutit à une opposition tranchée entre la fonction, l'objet et la nature des recours appartenant à l'une ou l'autre catégorie.

Ainsi, la fonction du recours ordinaire consiste dans la transmission à l'autorité de recours du litige qui a fait l'objet du jugement attaqué. Inversement, le recours extraordinaire permet de déférer l'œuvre du premier juge à la juridiction de recours. Les deux sortes de recours ont donc un objet différent.

L'objet du recours ordinaire se confond avec celui de l'action originaire, ce qui revient à placer l'acte attaqué entre parenthèses. M. Guldener exprime la conséquence logique de cette idée: la seule recevabilité du recours ordinaire dissout définitivement l'autorité du jugement entrepris²⁰⁷, qui devient en quelque sorte un projet sans valeur juridique. Le prononcé de la juridiction supérieure s'y substitue dans tous les cas.

203 Goldener, ZPR, p. 485; Striuli/Messmer, n. 1 avant le § 259 ZPO; Deschenaux/Castella, p. 197; Briner, Rechtsmittel, p. 21; Soliva, p. 3; Zweifel, p. 5.

204 Cassation, p. 30.

205 Cornu/Foyer, p. 469ss.; Perrot, cours, p. 716, 721; Vincent, N° 621.

206 Gilles, Rechtsmittel, p. 6, et les références; Habscheid, in NJW 1974 p. 636.

207 ZPR, p. 485 n. 36, 504.

Au contraire, l'instance introduite par un recours extraordinaire porte sur la qualité du jugement déféré, et non pas sur le fond. «Sans doute, écrivent G. Cornu et J. Foyer²⁰⁸, le demandeur cherche-t-il à remettre le fond en question, mais il ne peut y parvenir que médiatement (...) Si le recours est admis, le jugement attaqué est détruit (...) Un nouveau jugement sur le fond est alors nécessaire». Les recours extraordinaires ont ainsi pour objet la destruction du jugement qu'ils visent, et les opérations consécutives à cette annulation ne ressortissent plus à la procédure de recours proprement dite.

Dans cette optique, le recours extraordinaire mérite indiscutablement la qualification d'action, car il se caractérise par une fonction et un objet particuliers. Une certaine réserve s'impose en revanche pour les recours ordinaires, dont la spécificité s'épuise en une requête tendant à la poursuite du procès. Plusieurs auteurs allemands se refusent d'ailleurs à assimiler les voies de recours à des actions²⁰⁹, au contraire de leurs homologues francophones²¹⁰.

A notre avis, le recours ordinaire devrait être compris, si l'on adopte l'opposition mentionnée, comme une extension de l'action originale, accordée par le droit de procédure mais non postulée par le droit de fond²¹¹, plutôt que comme une action indépendante. Conforme au caractère généralement reconnu sous nos cieux au recours ordinaire, cette vision rend délicate une définition globale des recours. Indépendamment de ce souci académique, elle se révèle insatisfaisante à divers égards. En premier lieu, la confusion entre l'objet du litige et celui du recours ne permet pas d'expliquer la différence qu'il y a entre le retrait du recours, survenu après l'expiration du délai de recours, et l'acquiescement ou le désistement d'action. Or, d'après la doctrine unanime²¹², le retrait de recours équivaut à l'entrée en force de l'acte attaqué, ce qui montre bien que celui-ci ne se trouve pas anéanti du seul fait que le recours est recevable. La même remarque vaut pour l'article 138 OJF: cette disposition permet d'obtenir en instance cantonale la révision d'un jugement déféré au Tribunal fédéral par un recours en réforme, jusqu'à ce qu'il soit statué sur ce dernier. Dans le même ordre

208 P.476.

209 J. Blomeyer, *Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarvollstreckung*, thèse, München 1966, p. 21-22; H. Pfeifer, *Die prozessualen Gestaltungs-klagen*, thèse, Hamburg 1962, p. 95 ss.; dans le même sens, bien qu'avec une hésitation, Ramer, p. 47 i. f.

210 Cornu/Foyer, p. 323; Catala/Terré, p. 389; Schüpbach, cassation, p. 26, 197.

211 Dans le même sens, Fehr, p. 19-20; Meier, Lura, passim, notamment p. 14, 47; Schmid, p. 75; comp. ATF 107 II 237.

212 Habscheid, DJP, p. 482; Menzel, p. 18 ss.; Guldener, ZPR, p. 500, 552 n. 71; RJN 6 I 399; cf. aussi ATF 107 V 248; 97 V 252, et l'intéressant jugement publié à la GVP 1958 N° 32 (p. 65).

d'idées, on peut se demander quel est l'objet d'un arrêt rendu sur recours ordinaire, qui casse le jugement déféré et renvoie la cause à l'autorité inférieure. Si l'on suit le raisonnement présenté ci-dessus, la décision d'annulation n'a pas d'objet²¹³! Prenons encore quelques exemples plus ponctuels: le défaillant a qualité pour appeler en droit neuchâtelois²¹⁴, alors qu'il a été exclu de la procédure; les parties ne peuvent se réformer en instance d'appel²¹⁵; les frais et dépens de l'appel²¹⁶, tout comme ceux du recours en réforme au Tribunal fédéral²¹⁷, sont supportés par la partie qui succombe dans son recours, sans égard au principe qui en gouverne la répartition en première instance; le recours en réforme au Tribunal fédéral doit contenir une motivation indiquant en quoi consiste la violation du droit invoquée²¹⁸, le seul renvoi aux exploits introductifs d'instance étant insuffisant. Ces divers éléments révèlent qu'on ne peut appréhender l'instance de recours (ordinaire) comme un simple prolongement du procès originaire. Le Tribunal fédéral lui-même déclare que la procédure de recours en réforme n'est pas la continuation du procès instruit devant la cour cantonale, mais une procédure juridiquement indépendante²¹⁹. Même si cette affirmation ne doit pas être «mal interprétée»²²⁰, elle montre que le recours en réforme est bien éloigné de «l'appel-voie d'achèvement du procès» ou de la «volle Berufung».

Les faiblesses de la conception classique apparaissent particulièrement criardes lorsque le recours ordinaire est rejeté. D'abord, il tombe sous le sens que le rejet du recours ne se confond pas avec le rejet de la demande. Ensuite, on a vu qu'un recours pouvait être ordinaire quand bien même son interjection ne produisait qu'un effet dévolutif qualitativement limité. Par ailleurs, une limitation quantitative peut résulter des exigences que la loi fixe en ce qui concerne les griefs articulés par le recourant²²¹. Par conséquent, l'examen de la cause par la juridiction de recours pourra n'être que très partiel. Il y a alors quelque artifice à prétendre que le jugement sur recours se «substitue» à l'acte attaqué, sur des points qui n'ont pas été soumis

213 «Le jugement admettant le recours ordinaire et renvoyant la cause à la juridiction de première instance (...) n'est pas susceptible de recours au Tribunal fédéral, car cette décision ne statue pas sur les droits litigieux» (Wurzbürger, p. 187). Sur quel droit peut donc statuer une telle décision, sinon sur le droit à obtenir l'anéantissement de l'acte attaqué?

214 ATC VIII 548ss.

215 RJN 2 I 107ss.

216 ATC VIII 529-530.

217 Art. 156 OJF.

218 Art. 55 al. 1 lit. b. c OJF; comp. RJN I I 238ss.

219 ATF 88 II 60.

220 C. Bonnard, JT 1962 I 352.

221 ATF 106 II 175-176, et les références.

à sa censure. Et même lorsque l'autorité de recours corrige la motivation développée par le premier juge, pour parvenir, en fin de compte, au même résultat que lui, le recours doit être déclaré mal fondé. Le dispositif du jugement déféré a résisté à l'attaque dirigée contre lui. C'est de lui qu'est né le grief du recourant; c'est lui qui devrait bénéficier logiquement de l'autorité de la chose jugée au fond, et non pas la décision constatant qu'il résiste à la critique²²². Enfin, il paraît paradoxal de soutenir qu'un jugement dont le dispositif tient en une phrase, du type «rejette le recours» ou «confirme le jugement attaqué», puisse bénéficier de l'autorité de la chose jugée au fond et constituer en lui-même un titre exécutoire.

En définitive, nous ne voyons qu'une justification, de lege lata, au fait que le rejet d'un recours ordinaire soit assimilé à un jugement au fond: s'il en était autrement, la possibilité de recourir contre un jugement de deuxième instance dépendrait de l'issue de la procédure de recours.

Dans sa thèse d'habilitation consacrée aux voies de recours du droit allemand, P. Gilles prend le contre-pied de la doctrine classique et développe, jusque dans ses conséquences ultimes, l'idée selon laquelle le recours sanctionne l'activité juridictionnelle. Selon cet auteur, le jugement attaqué porte en lui tous les éléments qui feront de lui un acte pleinement efficace, si sa validité n'est pas remise en cause par l'un des moyens prévus par la loi. C'est ce qu'il appelle l'*Anfechtungsprinzip*. Le recours, quel qu'il soit, assume une fonction de contrôle. Il ne tend qu'à l'anéantissement constitutif du jugement entrepris. Dans l'esprit de P. Gilles, le débat relatif au fond du litige de base ne s'inscrit pas dans l'objet du recours²²³. Seule compte la justesse de l'acte attaqué: «die Unrichtigkeit der Entscheidung ist der Angelpunkt der gesamten Rechtsmittelregelung und das Fundament des zivilprozessualen Anfechtungsrechts überhaupt»²²⁴. La destruction du jugement ne suppose pas la démonstration positive de ce qu'il est erroné, précise notre auteur: il suffit au contraire que la présomption de validité et de régularité attachée à l'acte soit ébranlée, celui-ci se trouvant privé du fondement suffisant mais nécessaire à son autorité²²⁵. Ainsi destabilisée, la présomption de validité dégénère en une présomption de non-conformité au droit, ce qui justifie la cassation de l'acte.

L'attrait principal de cette théorie tient au fait qu'elle confère une certaine consistance à la notion de recours, en ce qu'elle attribue à tout re-

222 Jauernig, *Zivilurteil*, p. 106ss., 132; Gilles, *Rechtsmittel*, passim, notamment p. 66.

223 *Rechtsmittel*, p. 36ss.

224 *Rechtsmittel*, p. 14.

225 *Rechtsmittel*, p. 251.

cours une communauté de fonction, d'objet et de nature. Son caractère extrémiste lui vaut toutefois une certaine fragilité²²⁶. Elle ne parvient pas à expliquer de façon convaincante que les plaideurs puissent acquiescer ou se désister en instance de recours. Elle se trouve également empruntée, notamment, lorsque l'autorité de recours dispose d'un pouvoir d'évocation.

«Mit Logik allein kann man keine Politik machen, nicht einmal Prozesspolitik. Das stellt sich in der Rechtsmittelfrage heraus»²²⁷. S'il n'est pas aisé, dans tous les cas, de discerner clairement l'objet du litige originaire et celui du recours, il nous paraît néanmoins correct en principe d'affirmer que le recours au sens étroit est une action mettant en œuvre une prétention dirigée en premier lieu contre un acte²²⁸. Cette prétention en véhicule parfois une autre, partiellement ou totalement identique à celle qui a été déduite en instance inférieure, et qui entre dans l'objet du recours au sens large. la juridiction sur recours peut donc être l'occasion de pratiquer l'art du raccourci: en réformant un jugement au fond rendu par le tribunal inférieur, l'autorité de recours prononce explicitement et implicitement sur un droit d'action «matériel», une prétention au fond, une action procédurale et une prétention à la correction du jugement attaqué! Cette accumulation de termes, qui ne sont pas toujours clairement dissociés les uns des autres²²⁹, est à la source de nombreuses difficultés. On le remarquera lorsqu'il sera question des caractères généraux de la revision, puis des conditions de la revision en droit neuchâtelois. Pour l'heure, bornons-nous à ce constat: la seule existence des voies de recours démontre que l'acte juridictionnel, entré en force ou non, est susceptible d'une appréciation qualitative non seulement extrajuridique, mais aussi intrajuridique. En disant le droit, le juge façonne la vérité judiciaire. Cet acte de reconnaissance est valide ou invalide, mais le fait qu'il puisse être déclaré invalide ne peut s'expliquer, à notre avis, autrement que par une volonté d'améliorer la qualité de la vérité judiciaire, en la rapprochant de la réalité concrète. Le jugement invalide doit être déclaré tel parce qu'il est contraire au droit, en lui-même ou par la manière dont il est venu à chef. Tout acte juridictionnel vicié n'est pas nécessairement faux, et réciproquement. Il se trouve pourtant que les voies de recours servent en première ligne à éviter la multiplication des jugements méconnaissant une réalité juridique transcendante à l'acte qui est réputé la reconnaître. L'autorité de recours, et elle seule, est investie du pouvoir d'af-

226 Voir Bettermann, cité dans la bibliographie.

227 Hagenbüchle, p.2, reprenant une formule de F. Klein.

228 Certains recours peuvent être dirigés contre une abstention; H. Marti, p. 103.

229 Pour un exemple de confusion terminologique, cf. SJ 1984 p.553-554.

firmer utilement qu'un jugement est juste ou qu'il est faux, au sens juridique. De la théorie de P. Gilles, nous retiendrons que l'acte juridictionnel ne crée pas la présomption de sa propre conformité au droit, mais qu'il la pré-suppose²³⁰. Le renversement, voire le seul ébranlement de cette présomption, dans laquelle il puise son autorité, peut aboutir à son anéantissement, aussi longtemps qu'il n'est pas irrévocable.

2. *Le système des recours*

A. *En général*

Le régime des recours obéit strictement au principe de la légalité. Un recours ne peut être valablement interjeté que s'il est prévu par la loi. En faisant jouer divers paramètres, le législateur est en mesure de provoquer une épuration du débat, en limitant à plusieurs égards le contrôle ménagé par les voies de recours.

Subjectivement, la faculté de recourir est réservée en général aux personnes directement concernées par le jugement, savoir celles qui y sont parties. Si certains recours, telle la tierce opposition, présentent un caractère banal, le recours est en principe une action titrée. De plus, seule peut recourir la partie à qui le jugement fait grief. Le droit de recours est pourvu d'action dans la mesure de la succombance²³¹.

Objectivement, la recevabilité du recours est assujettie à des conditions formelles générales. Le recours doit intervenir dans un certain délai, sous une forme déterminée. D'autres restrictions, spécifiques au droit de recours, en circonscrivent l'existence dans chaque espèce.

B. *Les critères de délimitation*

La nature procédurale et la forme de l'acte attaqué.

Le procès se développe à travers une multitude de décisions, qui en déterminent l'ordonnancement, en délimitent l'objet pour le canaliser vers l'extinction de l'instance. A la différence de nature entre les décisions incidentes et finales correspond souvent une différenciation du régime des recours. Le contrôle peut porter sur chacune des étapes, immédiatement²³² ou

230 Rechtsmittel, p. 249, n. 90.

231 Perrot, cours, p. 704.

232 Art. 393 al. 1 CPCN.

de façon différée²³³. Il peut aussi être exclu d'une manière générale pour les décisions incidentes ou, plus sélectivement, selon la forme dont elles sont revêtues²³⁴.

Les caractéristiques du contentieux.

Certains systèmes ouvrent un contrôle élargi des jugements se rapportant à telle branche du droit auquel le législateur accorde une attention particulière. Tel est le cas du droit matrimonial dans le canton de Neuchâtel²³⁵. En pareil cas, le critère de référence est tiré de la nature du contentieux. Il en va de même lorsque le recours est ouvert ou fermé selon que la décision est qualifiée de gracieuse ou de contentieuse²³⁶, ou selon qu'elle porte sur un point de procédure ou sur le fond de la cause²³⁷. Dans cette dernière hypothèse, il s'opère une sélection qualitative des décisions sujettes à recours, dictée par des considérations d'économie. Les dispositions fixant une limite quantitative à l'admissibilité du recours, sous la forme d'une valeur litigieuse minimale, participent de la même préoccupation.

Les effets de l'acte.

Ce critère se distingue du précédent par le fait que la recevabilité du recours varie selon les circonstances de l'espèce. Sont déterminantes les conséquences dommageables que l'acte entraîne concrètement pour le recourant. L'article 87 dernière proposition OJF illustre ce procédé.

Les caractéristiques de l'autorité dont émane l'acte attaquant.

Ce critère est tiré de l'organisation judiciaire. D'un maniement commode, il se révèle particulièrement utile en cas de superposition de plusieurs niveaux de contrôle. Il complète la limitation liée aux caractéristiques du contentieux. Le critère matériel s'accommode mal en effet des précisions quantitatives nécessaires pour que la cause soit guidée d'instance en instance, selon la progression de la hiérarchie judiciaire. La position hiérarchique prise en considération peut être envisagée en termes absolus (l'autorité suprême)²³⁸ ou relatifs (un tribunal inférieur statuant comme autorité de recours)²³⁹.

233 Anastasi, p. 99 n. 147; art. 48 al. 3 OJF.

234 Anastasi, p. 119.

235 Art. 375 CPCN.

236 RJN 2 I 237; 3 I 55 ss., 89. Revirement de jurisprudence: RJN 1980-1981 p. 93-94.

237 Art. 375, 403 CPCN.

238 Art. 48 al. 1 OJF.

239 Art. 48 al. 2 lit. a OJF.

L'existence d'autres voies de recours.

Lorsqu'il y a coexistence entre plusieurs recours ouverts en principe contre un seul et même acte, le législateur fixe parfois une règle de priorité. Le recours prioritaire est dit principal, par opposition au recours subsidiaire. Une règle de subsidiarité ne se justifie que si le recours principal permet un examen de l'acte attaqué également approfondi²⁴⁰, au moins, que le recours subsidiaire.

L'étendue des pouvoirs conférés à l'autorité de recours.

Un jugement peut souffrir de vices nombreux. Les recours ne sont pas toujours conçus pour les réparer tous. Selon une distinction chère à la doctrine française, les recours extraordinaires sanctionnent un vice déterminé par la loi, alors que les recours ordinaires sont ouverts à la partie mécontente «par cela seul qu'elle n'accepte pas le jugement qui lui fait grief»²⁴¹. Cette affirmation ne vaut pas en droit suisse, comme on a pu le constater, en raison de la définition extensive que le Tribunal fédéral donne de l'effet dévolutif. C'est pourquoi la science juridique de notre pays a adopté une classification supplémentaire des recours, qui peuvent être parfaits ou imparfaits (ou, selon une terminologie dissidente, complets ou incomplets). Le recours parfait permet une correction du jugement attaqué sur tous les plans, qu'il s'agisse du fait ou du droit. Paradoxalement, la perfection, en matière de recours, peut être absolue ou relative. Elle est absolue lorsque le recourant a la possibilité de compléter la matière litigieuse en lui incorporant des éléments de fait, voire des conclusions, qui n'avaient pas été soumis à la connaissance de la juridiction inférieure; elle est relative lorsque cette faculté lui est refusée. En atteignant sa perfection absolue, le recours renie en quelque sorte sa nature²⁴², car il ne correspond plus à une action dirigée contre un jugement, mais relègue l'acte attaqué au rang de brouillon abandonné à la discrétion des plaideurs. En ce qui concerne le contentieux civil, le droit neuchâtelois ne connaît pas de recours absolument parfait, pas plus que le droit fédéral.

Le caractère imparfait d'un recours se manifeste sur divers plans, en fonction de critères variables, qui se combinent parfois entre eux. Ainsi, les dispositions bornant l'examen de l'autorité de recours à une correcte application du droit mettent en œuvre une limitation «simple». Celles qui restreignent la censure à une violation manifeste du droit (*klares Recht*)²⁴³, placent la barre plus haut, ne permettant que la sanction d'un vice qualifié.

240 Art. 86 al. 1 OJF et H. Marti, p. 108-109.

241 Garsonnet/Cézar-Bru, p. 4.

242 Dans le même sens. Heusler, p. 151.

243 § 281 ch. 3 ZH.

Dans les deux cas, on est en présence d'un découpage horizontal, qui concerne l'application du droit en général. La cognition de l'autorité de recours peut être limitée aussi selon un découpage vertical: la cour ne peut revoir que l'application des règles de droit relatives à tel point précis (la compétence)²⁴⁴; elle ne peut prendre en considération qu'un fait nouveau défini par la loi (la découverte d'une machination frauduleuse)²⁴⁵.

Restrictions indirectes.

Sans exclure un recours, la loi peut décourager les plaideurs, par exemple en compliquant la procédure de recours à l'extrême²⁴⁶, ou, comme le fait le Code de procédure civile français actuel, en prévoyant dans certains cas une peine d'amende si le recours est rejeté, ainsi qu'une condamnation à des dommages-intérêts en faveur de la partie intimée²⁴⁷.

C. *Le système des recours classiques*

L'ancien droit commun présentait un système de recours relativement pur, dans lequel chaque recours se voyait attribuer une fonction précise, liée à l'imperfection dont l'acte vicié était entaché. Il distinguait entre les vices matériels, résultant d'une *error in iudicando*, les vices formels, nés d'une *error in procedendo*, et les erreurs sur la base du jugement, dont l'équité appelait réparation, malgré la perfection juridique, matérielle et formelle, dont le jugement pouvait se réclamer. A chacun de ces maux correspondait un remède spécifique, soit respectivement l'appel, le recours en nullité et la demande en revision. Un chevauchement graduel et irréversible de l'appel et du recours en nullité a privé le système de sa sobre cohérence, dès le moyen âge²⁴⁸. De nos jours, il n'est pas rare qu'une voie de recours présente une nature hybride ou composite²⁴⁹, empruntant certains traits à l'appel d'autres recours en nullité, en y ajoutant même parfois un relent de plainte hiérarchique²⁵⁰. Le même recours peut être ordinaire dans tel contexte et extraordinaire dans tel autre, réformatoire ou cassatoire, principal ou subsidiaire, au gré des circonstances. Le recours en revision n'a pas échappé partout à cette dénaturation, on le constatera hientôt.

244 Art. 68 al. 1 lit. b OJF.

245 Art. 403 ch. 4 CPCN.

246 Vincent, 17^e éd., 1974, N° 656, pour la requête civile.

247 Art. 559, 581, 628 nCPCF; voir aussi H. Dubs, *Beschränkung der Rechtsmittel*, in *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 670.

248 Heusler, p. 152.

249 Müller, p. 6.

250 Hagenbüchle, p. 2-3.

La technique législative usuelle au niveau cantonal est fortement portée, en matière de procédure civile, à l'emprunt selon le principe de l'emporte-pièce²⁵¹. Ce phénomène ne laisse pas entrevoir à moyen terme les symptômes d'un retour au purisme académique, pas plus qu'il n'augure d'une véritable harmonisation dans le domaine des recours.

La plupart des systèmes cantonaux connaissent néanmoins, dans les grandes lignes, un système des recours articulé sur les trois pôles fonctionnels suivants:

- 1) la correction du jugement en droit, voire en fait et en droit, par un recours ordinaire, réformatoire et principal (appel, recours en réforme, Appellation, Berufung, appello);
- 2) la sanction de l'application du droit matériel et du droit judiciaire par un recours extraordinaire, cassatoire et subsidiaire (recours en nullité, pourvoi en nullité, recours en cassation, Nichtigkeitsklage, Nichtigkeitsbeschwerde, Kassationsbeschwerde, ricorso per cassazione);
- 3) la réouverture des débats dont les données se révèlent sous un jour nouveau (recours ou demande en revision, requête civile, Revision, neues Recht, Wiederherstellung, Wiederaufnahme des Verfahrens, restituzione in intero).

On rencontre aussi, çà et là, des recours ouverts dans des circonstances particulières, tel le recours civil ou l'opposition. D'autres institutions, assez généralisées, n'ont de recours que le nom, car elles ne tendent pas à la modification ou à l'anéantissement de l'acte visé, dont on ne peut dire qu'il est attaqué, mais plutôt à une plus juste formulation de celui-ci. Les moyens de cet ordre (requête en interprétation, en rectification d'erreur matérielle) ne sont que des résidus de l'action²⁵².

2. Caractères généraux de la revision

1. L'ouverture à revision envisagée abstraitement

Comme tout recours, toute action, la demande en revision ne peut être couronnée de succès que si diverses conditions objectives, subjectives, formelles et temporelles sont réunies, qui varient selon le temps et le lieu. Celles-ci feront l'objet d'un examen détaillé, pour ce qui est du droit neuchâtelois, dans la deuxième partie de ce travail. Il ne sera question ici que

251 Walder, *Entwicklung*, p. 106, 110-111.

252 Vogel, *ZPR*, p. 278; Walder, *ZPR*, p. 469; Guldener, *ZPR*, p. 505; Schüpbach, *cassation*, p. 30, mais contra (*loc. cit.*) pour la qualification.

des caractéristiques générales que l'on peut être tenté de rattacher à l'essence de ce recours.

Considérée comme un recours extraordinaire en France et en Suisse, comme une action formatrice de droit procédural en République fédérale allemande, la revision est un moyen d'exception. Exclue dans les hypothèses où la loi, dûment interprétée, ne la prévoit pas²⁵³, elle se caractérise par les ouvertures qui la fondent, appelées aussi motifs ou causes de revision. Il convient de distinguer l'ouverture, le motif et la cause, ces trois notions illustrant autant de facettes du rapport entre le vice et sa réparation²⁵⁴. Nous désignerons par le mot ouverture l'état de fait envisagé abstraitement par la loi; par le terme motif la réalité, supposée démontrée, de l'ouverture; par le vocable cause, les allégations du recourant relatives à l'ouverture.

L'ouverture à revision constitue le trait d'union entre le procès original et le jugement définitif rendu à l'issue de l'instance en revision. Techniquement, elle peut se présenter sous une forme purement descriptive²⁵⁵. Cet élément se double dans la règle d'une précision qualitative incorporant l'exigence d'une relation causale, d'intensité variable, entre le motif et l'issue du litige.

Le premier degré d'intensité est rendu par des qualificatifs tels que «important»²⁵⁶, «pertinent»²⁵⁷ ou «erheblich»²⁵⁸. Pris à la lettre, ces termes paraissent ne constituer qu'une illustration de l'adage «de minimis non curat praetor».

Au degré supérieur, le texte légal ouvre le recours lorsque telle circonstance, qui s'est révélée après coup, aurait eu une influence sur la teneur du jugement, si elle avait été connue en temps utile. Dans ce cas, le motif doit avoir «influencé» le jugement ou avoir «influé» sur son contenu²⁵⁹. Les termes «concluant»²⁶⁰ (schlüssig) et «wesentlich»²⁶¹, «entscheidend»²⁶², se rattachent à la même idée, tout comme les tournures dont il ressort que

253 ATF 96 I 280; Anastasi, p.236; Perrot, RTrim. 1979, p.675; Gaul, Grundlagen, p.34-37.

254 Comp. P.Jolidon, Les motifs du recours en nullité selon le concordat suisse sur l'arbitrage, in Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Berne, 1979, p.311 n.1.

255 Exemple: § 372 ch.2 SH: «(...) wenn der Revisionskläger nachweist, dass die gebrauchten Beweismittel falsch waren».

256 Exemple: art.137 lit. b OJF.

257 Exemple: art.368 ch.1, 2 BE.

258 Exemple: § 289 lit. b UR.

259 Exemples: art.476 ch.1 VD; art.435 ch.3 SG.

260 Exemple: art.377 ch.1, 2 JU.

261 Exemple: § 284 ch.1 AI.

262 Exemple: art.261 lit. a pSG.

l'événement méconnu aurait déterminé le sort de la cause, par exemple lorsque le jugement a été «surpris»²⁶³ ou «obtenu par»²⁶⁴ l'élément que le recours est censé corriger.

Enfin, le degré suprême est illustré par les dispositions établissant une comparaison, que ce soit par référence au jugement qu'appelle l'interjection du recours²⁶⁵ ou, plus généralement, au jugement hypothétique qui aurait été rendu si le motif de revision avait été connu en temps utile²⁶⁶. Ce lien de causalité hypothétique est toujours exprimé par le terme «günstiger».

Lorsque plusieurs précisions qualitatives se combinent dans l'énoncé de la même cause, c'est la plus élevée, dans la hiérarchie que l'on vient d'esquisser, qui donne son caractère à l'ouverture. D'une façon générale, les lois récentes ont tendance à définir les ouvertures par des locutions qui les situent aux deux degrés supérieurs.

Interprétées littéralement les tournures précitées font apparaître certaines nuances permettant de classer les ouvertures en trois catégories logiques.

- 1) L'ouverture est réalisée – il y a donc un motif de revision – quand bien même la circonstance méconnue, qui doit atteindre un seuil d'importance donnée (abstraitement) n'a pas exercé d'influence concrète sur l'issue du litige;
- 2) il y a lieu à revision lorsque cette circonstance aurait exercé une telle influence, mais sans qu'il ressorte de l'expression utilisée que le juge aurait rendu un jugement différent en connaissance de cause;
- 3) l'ouverture est ainsi décrite qu'elle porte l'exigence d'un résultat différent, selon que le motif de revision était ignoré du tribunal ou non.

Le bon sens voudrait que la formulation de l'ouverture soit en relation avec le but et la fonction déclarés du recours, d'une part, et la structure de la procédure en instance de revision, d'autre part.

Ainsi, dans la première catégorie, il serait logique que la loi considère la revision comme un instrument destiné à permettre une nouvelle délibération et un nouveau jugement sur des bases complétées ou corrigées, le recours étant ouvert (c'est-à-dire devant être déclaré bien fondé) indépendamment du sort final de la contestation. En conséquence, l'instruction, les débats et le jugement se rapportant au rescisoire n'appartiendraient plus à la procédure de recours proprement dite. Cette optique postule une séparation

263 Exemple: art. 595 ch. I nCPCF.

264 Exemple: art. 319 lit. d GE.

265 § 372 ch. I SH.

266 Exemples: § 580 ch. 7b RFA; art. 282 al. I OW.

nette entre le rescindant (phase consacrée à l'examen de la cause) et le rescisoire (phase au cours de laquelle le tribunal statue à nouveau au fond).

Face aux ouvertures entrant dans la deuxième catégorie, deux attitudes se conçoivent. On peut estimer que l'influence évoquée par l'ouverture est examinée abstraitement au stade du rescindant et concrètement, c'est-à-dire dans le contexte du matériel probatoire complété et réajusté, au stade du rescisoire, le recours étant finalement déclaré bien fondé si le rescisoire diffère du jugement attaqué dans son contenu. On peut admettre aussi que le recours a pour fonction d'ouvrir une nouvelle délibération sur le fond, dès lors que les premiers débats auraient été faussés par une donnée propre à conduire le tribunal à une solution erronée. Dans la première hypothèse, le recours aurait une vocation réformatrice: son objet se confondrait, partiellement au moins, avec celui du litige de base. Dans la seconde hypothèse, la revision serait un instrument cassatoire qui aurait pour objet exclusif une prétention à l'anéantissement du jugement, se distinguant parfaitement de la contestation originaire. Les codes français et allemand forment leurs ouvertures d'une façon qui les fait entrer dans ce deuxième groupe, à l'exception du § 580 ch. 7b ZPO²⁶⁷. Or on verra que la conception générale du recours diverge dans les deux pays.

Enfin, lorsque l'ouverture est assortie d'une comparaison entre le résultat effectif du procès et l'issue différente qu'il aurait connue si l'élément ignoré avait été pris en considération, il se justifierait d'envisager le recours comme une voie de réformation. Dans ce cas, le lien de causalité soude les phases du procès entre elles. Tout le processus de revision est animé par un élan qui le traverse de part en part, sans égard aux cloisons procédurales posées entre l'acte attaqué et le jugement final. L'examen de la réalisation de l'ouverture ne peut plus être clairement dissocié du rescisoire, ce qui devrait conduire le législateur, pratiquement, à accoupler le rescindant et le rescisoire.

En bref, les trois degrés d'intensité que l'on a discernés à la lecture des ouvertures énoncées par les codes allemand, français et suisses, illustrent en réalité une alternative: soit le recours permet la correction du processus d'élaboration du jugement. C'est l'option cassatoire²⁶⁸. Soit il tend à la rectification du jugement lui-même. C'est l'option réformatrice²⁶⁹. Cette

267 «(...) die eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde». Le lien de causalité hypothétique exigé ici est atténué par une partie de la doctrine, qui se contente de la possibilité d'un jugement plus favorable; cf. Gilles, *Rechtsmittel*, p. 120; Stein/Jonas, n.m. 29 ad § 580 ZPO; Johannsen, p. 104 ss.; Wieczorek, E 111 a ad § 580 ZPO; contra, Rosenberg/Schwab, § 161 II 3 d.

268 Voir par exemple Guldener, ZPR, p. 535 i.i.

269 Dans ce sens, ATF 87 I 372 c. 2.

affirmation appelle une vérification axée sur le but et la fonction du recours, d'une part, sur la structure de la procédure, d'autre part.

En Suisse, les lois sont avares de précisions relatives au but ou à la fonction de la revision. Le recours est souvent présenté par une phrase qui le déclare admissible (zulässig) aux conditions décrites par les ouvertures²⁷⁰, ce qui équivaut, par l'imprécision des termes, à l'expression «il y a lieu à revision», suivie de l'énumération des ouvertures²⁷¹. Seuls quelques codes cantonaux consacrent une phrase au but du recours. Certains d'entre eux mettent l'accent sur le résultat final auquel tend la revision, déclarant en substance qu'elle vise la modification du jugement attaqué, et précisant éventuellement que celle-ci résulte d'une nouvelle délibération sur le fond de la cause. Il en est ainsi à Berne, à Zürich, en Thurgovie, dans le canton de Zoug, d'Appenzell Rhodes intérieures et de Lucerne²⁷². A l'inverse, les codes soleurois et grison laissent clairement entendre que le recours en revision trouve sa finalité dans l'annulation du jugement attaqué²⁷³. Enfin, les codes de Glaris et de St-Gall disposent que le recours a pour but l'annulation (Aufhebung) ou la modification (Abänderung) d'un jugement entré en force²⁷⁴. En France, l'article 593 nCPCF énonce que le recours en revision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, alors que la ZPO allemande ne contient aucune précision de cet ordre. La doctrine allemande, en revanche, s'est abondamment interrogée sur la fonction dévolue à la Restitutionsklage, et la disharmonie qui règne à ce sujet se manifeste principalement par une double controverse.

La première se rapporte à l'objet du litige en instance de revision, et elle oppose trois tendances principales. Pour les uns, la Restitutionsklage met en œuvre une prétention à l'annulation, voire à la modification de l'acte attaqué²⁷⁵. Un courant majoritaire, à tout le moins par le nombre, voit le procès en revision porter sur un double objet, soit une action identifiée comme ci-dessus, combinée avec l'action sur laquelle le tribunal s'est pro-

270 Exemples: § 256 NW; art. 294 lit. a VS.

271 Exemples: art. 403 CPCN; art. 346 TI.

272 Art. 367 BE; art. 376 JU; § 289 TG; § 215 ZG; § 283 AI; § 266 LU.

273 § 311 SO; art. 273 GR.

274 § 320 GL; art. 434 SG. La formulation s'explique en droit glaronnais, car le § 328 construit l'instance de façon alternative. Dans la règle, le débat au fond est clairement distingué de l'objet du recours; exceptionnellement, lorsque l'affaire est en l'état d'être rejugée, le tribunal peut annexer l'examen au fond à celui qui se rapporte au motif de revision. La tournure adoptée dans le Code saint-gallois est en revanche malheureuse. Elle n'a été abandonnée dans l'avant-projet de mars 1984.

275 Voir Behre, p. 25ss.; dans ce sens, Gilles, Rechtsmittel, p. 110ss.

noncé par l'acte attaqué. Cette théorie a été baptisée «Zweistreitgegenstandslehre»²⁷⁶. Enfin, certains auteurs appréhendent la revision comme une institution comparable à un recours (au sens de la ZPO) et attribuent à la Restitutionsklage, pour seul objet, celui de la contestation de départ²⁷⁷.

La deuxième discordance a trait aux conséquences que l'autorité de recours doit tirer de la réalisation d'une ouverture à revision. Sans anticiper sur la structure de la procédure, on observera que, selon un courant majoritaire, le tribunal est tenu d'annuler le jugement attaqué dès lors que les prévisions de la loi sont vérifiées, sans se préoccuper de l'issue finale qu'il faudra donner à la contestation de fond. La minorité estime en revanche que le juge de la revision peut laisser le jugement intact si le motif de revision n'appelle pas sa modification.

Ces désaccords sont la meilleure illustration de ce que les ouvertures à revision appartenant à la deuxième catégorie peuvent s'accommoder d'une conception large ou étroite de l'objet du litige en instance de revision²⁷⁸.

Plus concrètement que les «articles-programmes» qui circonscrivent, çà et là, la fonction de la revision, les dispositions relatives au découpage de l'instance fournissent de précieuses indications sur la volonté réelle du législateur.

La structure de la procédure paraît parfois ressortir clairement du texte légal. Ainsi, les articles 136 et 137 OJF disposent, dans leur version française, que le recours est recevable..., puis suivent les diverses ouvertures, sous la forme de propositions conjuguées à l'indicatif. Il s'agit en réalité d'une maladresse²⁷⁹. La réalisation de l'ouverture rend le recours fondé. Dans la plupart des cas, les ouvertures sont introduites par un terme peu précis, tel que «Zulässigkeit», ou par une expression équivalente. Seuls les codes de Zoug, de Bâle-Campagne et d'Appenzell Rhodes intérieures annoncent clairement la couleur, par la note marginale «Voraussetzungen»,

276 Voir Behre, p.30ss.; Gilles, Rechtsmittel, p.110 n.302.

277 Voir Behre, p.82ss.; cet auteur se prononce pour cette dernière option, après avoir procédé par élimination. Comp. Bettermann, p.413; contra, Gilles, Rechtsmittel, p.110ss.

278 La doctrine suisse est également partagée quant à la fonction de la revision. Guldener, ZPR, p.535; Habscheid, DJP, p.528; Anastasi, p.235; Bärtsch, p.20; Bally, p.44-45; Desbiolles, p.48; Rüde/Hadenfeldt, p.361-362, souscrivent implicitement à la conception de Gilles. Rust, p.172, et Zweifel, p.7, paraissent adopter la Zweistreitgegenstandslehre; cf. aussi Kummer, Grundriss, p.209-210. Leuch, p.349-350, et HP.Marti, p.74ss., semblent au contraire préférer le point de vue de Behre.

279 ATF 81 II 477-478.

indiquant que la procédure de recours proprement dite trouve son épilogue dans le jugement statuant à nouveau sur le fond. Cette conception de l'instance peut aussi ressortir des exigences posées quant au contenu de l'acte de recours. Plusieurs codes disposent que la demande en revision doit contenir des conclusions indiquant dans quelle mesure le recourant entend obtenir la modification de l'acte attaqué²⁸⁰; ils prévoient également, à une exception près²⁸¹, que le tribunal statue sur le rescisoire dans la foulée du rescindant²⁸². Ailleurs, cette possibilité existe, mais elle est aménagée à titre alternatif²⁸³ ou exceptionnel²⁸⁴, l'autre hypothèse consistant soit en un renvoi du fond à une autre autorité, soit en un jugement séparé éventuellement précédé d'une nouvelle administration de preuves et de nouveaux débats. Enfin, le code vaudois n'envisage que le renvoi, par le Tribunal cantonal, de la cause au juge inférieur²⁸⁵.

Dans l'ancien droit français, la requête civile se développait selon une procédure clairement divisée en deux étapes. La première, consacrée à l'examen de la recevabilité²⁸⁶ de la requête, aboutissait à l'annulation du jugement, ce qui impliquait en fait un dédoublement de la notion de recevabilité. La seconde portait sur l'examen du fond du grief articulé par le recourant, de sorte que le bien-fondé de la requête équivalait en pratique à la modification du jugement. La procédure prévue pour la mise en œuvre de la requête civile, qui excluait à peine de nullité le cumul du rescindant et du rescisoire²⁸⁷, posait des problèmes techniques parfois insurmontables. C'est pourquoi le nouveau code de procédure civile a concentré les deux phases en une seule²⁸⁸.

En République fédérale allemande, la jurisprudence²⁸⁹ et la doctrine²⁹⁰ distinguent très clairement les trois stades qui marquent l'évolution

280 Exemples: § 296 ch. 2 ZH; art. 325 al. 2 lit. c FR.

281 § 292 UR.

282 Exemples: art. 373 BE; § 315 SO. HP. Marti, p. 79-80; Rust, p. 176-177; Leuch, p. 349-350; Siräuli/Messmer, n. 3 ad § 298 ZPO; Anastasi, p. 250, admettent néanmoins qu'une instruction complémentaire peut s'intercaler entre le jugement rescindant et le jugement rescisoire.

283 Exemples: art. 291 AR; art. 410 CPCN.

284 Art. 328 GL.

285 Art. 480 VD; cf. aussi art. 43 CIA.

286 Hébraud, N° 319, 322; Blanc/Viatte, p. 407; Perrot, cours, p. 758; Jauffret, p. 185; cf. aussi art. 610 nCPCF: la qualification est plus voilée chez Garsonnet/César-Bru, p. 831 ss. (voir toutefois p. 831) et Joly, N° 203 ss.; elle est éludée par Morel, p. 506, qui critique toutefois la coupure. Boitard, p. 131 ss., et Cornu/Foyer, p. 478-479, estiment au contraire que le rescindant ne doit pas être confondu avec l'examen de la recevabilité.

287 Civ., 24 avril 1901, S. 1902 I 220.

288 Art. 601 nCPCF.

289 NJW 1979, p. 427-428.

290 Rosenberg/Schwab, § 162 IV; Stein/Jonas, n. m. 22 avant le § 578 ZPO; Gilles, Umfang, p. 9; Rechtsmittel, p. 122 ss.; Thomas/Putzo, n. 2 avant le § 578 ZPO; Baumbach/Lauterbach, Grundzüge 3 A avant le § 578 ZPO.

de l'instance en revision, soit l'examen de la recevabilité au sens ordinaire du terme, la vérification du motif et enfin le nouveau débat sur le fond. Pourtant, comme on l'a annoncé, il y a désaccord quant à savoir si l'existence d'un motif doit entraîner automatiquement la rétractation du jugement; en d'autres mots, si son annulation est une fin en soi. L'opinion dominante, qui penche pour l'affirmative, peut se réclamer de solides arguments logiques. Tant que le jugement n'a pas été annulé, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que le litige originaire soit tranché à nouveau, quand bien même il le serait par un jugement de confirmation. A cela, l'opposition objecte que le rescindant interviendrait de toute manière trop tard pour éviter une collision entre la Restitutionsklage et l'autorité de la chose jugée²⁹¹. La majorité rétorque que le rescindant n'a pas le même objet que le rescisoire et qu'au surplus l'autorité de la chose jugée interdit que deux jugements se succèdent dans la même cause, non pas qu'il soit débattu plusieurs fois sur le même objet²⁹². De cette vocation prioritairement cassatoire, certains, tels H. Johannsen²⁹³ ou J. Braun²⁹⁴, ont déduit que la Restitutionsklage n'a pas pour but la correction d'un jugement erroné, mais bien l'anéantissement d'un acte étatique mal formé. D'autres éminents auteurs, tels K. A. Bettermann²⁹⁵ ou B. Wiczorek²⁹⁶, soutiennent le point de vue radicalement contraire.

Il se confirme ainsi que le libellé de l'ouverture, la fonction déclarée du recours et la structure de la procédure varient d'un système à l'autre, mais aussi que l'essence de la revision doit être recherchée dans les limites de l'alternative révélée par la structure logique de l'ouverture. On constate aussi un certain flottement dans la terminologie, sinon dans les idées²⁹⁷, auquel nous voyons une double explication.

En premier lieu, le découpage de l'instance selon la démarche classique, qui voit se succéder l'examen de la recevabilité et celui du fond, s'applique mal à une procédure de rétractation. En appel – et, plus généralement, dans les voies de réformation – il est admis que la procédure se prolonge. L'entrée en matière coïncide avec l'anéantissement de l'acte attaqué,

291 Behre, p. 72.

292 Gilles, Rechtsmittel, p. 121 n. 342; cette controverse illustre l'éternelle opposition entre le Wiederholungsverbot et le Widerspruchsverbot.

293 P. 82 ss., 88.

294 P. 293.

295 P. 417.

296 B II b 3, B II d I et 2 ad § 578 ZPO.

297 Voir Zweifel, à propos des notions de Zulässigkeit, Begründetheit, Verwerfung et Abweisung, p. 7–8, 29–30.

dans les limites des conclusions du recours. En cassation, c'est l'inverse: la procédure liée directement au pourvoi aboutit uniquement, dans la règle, à l'annulation du jugement déféré. Le renvoi du fond de l'affaire devant une autre juridiction est la «conséquence naturelle et forcée du principe que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction et ne connaît pas du fond des affaires qui lui sont déférées»²⁹⁸. Dans un cas comme dans l'autre, la délimitation de la recevabilité et du bien fondé paraît assez claire en théorie. Le recours en revision cumule certaines particularités propres à l'appel et à la cassation. Proche du pourvoi par son caractère spécial et par le fait qu'il s'en prend, dans la règle, à un jugement pleinement efficace, il s'apparente à l'appel en ce que l'autorité de recours est bien souvent compétente pour prononcer sur le fond. La distinction binaire entre la recevabilité et le fond se plaque ainsi sur une instance qui comporte trois éléments distincts, d'où certaines hésitations quant à l'application du modèle à la réalité²⁹⁹. De plus, l'énoncé de l'ouverture rend difficile un découpage précis entre le domaine du cassatoire et celui du réformatoire, particulièrement lorsque interviennent des précisions qualitatives introduisant une relation de causalité hypothétique.

En second lieu, les lois de procédure présentent rarement, à la lecture des textes, une image de la revision l'associant sans réserve à l'une des branches de l'alternative évoquées plus haut. Elles accentuent parfois l'aspect cassatoire, laissant néanmoins transparaître par ailleurs une vocation réformatoire, et réciproquement, au travers d'indices contribuant finalement à la définition d'un instrument *sui generis*.

Les exemples de ce flottement sont légion. Quelques-uns suffiront à la démonstration. Le droit bernois se rattache à l'option réformatoire. Le recours est ouvert «pour faire infirmer, par un nouveau jugement de la cause, une sentence passée en force de chose jugée»³⁰⁰. Le juge statue en bloc sur le rescindant et le rescisoire³⁰¹. L'existence d'un motif de revision est examinée au stade de la recevabilité³⁰². Seule ombre au tableau: l'article 368 ch. 1 et 2 ne porte nulle exigence d'une relation de causalité hypothétique. Cette condition est néanmoins reconnue par la doctrine³⁰³. Phénomène remarquable, les tribunaux bernois ont été confrontés au même problème

298 Garsonnet/Cézar-Bru, p. 765.

299 Stein/Jonas n. m. 22 avant le § 578 ZPO.

300 Art. 367 BE.

301 Art. 373 BE.

302 Leuch, p. 349, 350; HP. Marti, p. 79.

303 Leuch, p. 347; HP. Marti, p. 21, 40.

que la pratique française. Les deux systèmes appliquaient dans le passé le principe de la césure entre le rescindant et le rescisoire. Ce découpage se révélait impraticable, car la cassation était en quelque sorte conditionnée par la réformation³⁰⁴. Berne abandonna la coupure en 1952, la France en 1976. L'opération ne fut pas exempte de bavures, dans un cas comme dans l'autre. Le législateur bernois laissa subsister un article 371 partiellement vidé de sa substance³⁰⁵, alors que la juxtaposition des articles 593 et 601 nCPCF révèle un hiatus, car la fonction du recours paraît s'épuiser dans la réalisation de ses seules conditions de recevabilité³⁰⁶!

A l'opposé, le code soleurois met l'accent sur l'aspect cassatoire de la revision, dont les ouvertures ne supposent pas l'existence d'un lien de causalité, et qui conduit, en cas de «Gutheissung» à l'annulation du jugement entrepris. Seule fausse note: le terme de «Zulässigkeit» utilisé en note marginale aux § 311 et 314 al.2. Il en va de même aux Grisons, la curiosité consistant ici dans le fait que le rescindant est qualifié d'entrée en matière³⁰⁷!

Etant donné les disparités fondamentales qui ont déjà été relevées, on peut s'étonner de voir A. Heusler évoquer la revision comme «das Rechtsmittel, dass (...) mit völlig gleichem Inhalt in den schweizerischen Zivilprozessordnungen figuriert und sich auch von der Regelung, die ihm auswärts zuteil geworden ist, so gar nicht unterscheidet, dass ich absehen kann, darauf näher einzutreten»³⁰⁸. Les ouvertures à revision, envisagées concrètement, démentent également cette appréciation, comme on va le constater à l'instant.

304 Le législateur argovien est en passe d'abandonner la coupure entre le rescindant et le rescisoire, pour la même raison que ses homologues bernois et français; Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 8. Dezember 1980, p. 73: «Diese Zusammenfassung drängt sich auf, weil die Begründetheit des Revisionsgesuches davon abhängt, ob die Berücksichtigung der neuen Tatsachen oder der neuen Beweismittel zu einer anderen Beurteilung der Sache führt».

305 Leuch, p. 349; HP.Marti, p. 75, 78.

306 Art. 593 nCPCF: «Le recours en revision tend à faire rétracter un jugement (...) pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit».

Art. 601 nCPCF: «Si le juge déclare le recours recevable, il statue par le même jugement sur le fond du litige (...)».

307 Soliva, p. 55 ss., 56, 58, se rallie au schéma logique proposé dans le texte et interprète l'art. 379 GR contra legem, en ce sens que la décision «d'entrée en matière» met un terme à la procédure de recours proprement dite. Cet auteur n'explique pas, en revanche, par quel mystère le recours déclaré bien-fondé au stade du rescindant pourrait encore être retiré au stade du rescisoire (p. 59).

308 P. 178.

II. *Le domaine naturel de la revision*

La lecture des codes français, allemand et suisses révèle une certaine dispersion, puisqu'on peut dénombrer une bonne vingtaine d'ouvertures différentes³⁰⁹. Malgré leur nombre, on s'aperçoit vite qu'elles peuvent être groupées par thèmes.

Toute ouverture correspond à une imperfection. Celle-ci peut entacher le jugement ou l'acte qui en tient lieu, tels la transaction, le désistement d'action ou l'acquiescement. Par un curieux retour des choses, plusieurs lois récentes reprennent partiellement une solution consacrée par la *restitutio in integrum* romaine, qui permettrait de réparer indifféremment les actes de droit privé, les actes de procédure et les jugements³¹⁰; les codes schwytois, obwaldien et zuricois, ainsi que les projets argovien, saint-gallois et thurgovien, prévoient en effet qu'une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action inefficaces au regard du droit civil peuvent être invalidés par la voie d'un recours en revision dirigé, il est vrai, contre la décision de classement qui met formellement un terme à l'instance.

Les ouvertures qui concernent les jugements se divisent en deux groupes principaux. Le premier renferme des circonstances directement ou indirectement apparentes à la lecture du jugement. Le second se compose de motifs dont la révélation n'est pas nécessairement concurrente à la perception de l'acte attaquant.

Les vices immédiatement perceptibles sont les suivants: contrariété de jugements rendus par le même tribunal, entre les mêmes parties, sur le même objet et les mêmes moyens³¹¹; jugement statuant *ultra petita* ou sur choses non demandées³¹²; omission de statuer sur un chef de la demande³¹³; contrariété dans les dispositions du jugement³¹⁴; violation des prescriptions sur la composition du tribunal ou sur l'ajournement d'un arrêt dans

309 Il est inutile de s'aventurer dans un décompte précis à l'unité près, car cela nous contraindrait à poser la limite à partir de laquelle une légère divergence terminologique est censée correspondre à une différence sémantique. La jurisprudence en la matière est trop diffuse pour que l'exercice ne tourne à la démonstration arbitraire.

310 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 7, Berlin 1848, p. 124 ss.; G. C. Burchardi, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen 1831, p. 92 ss.

311 Art. 317 GE.

312 Exemple: art. 136 lit. b OJF.

313 Exemple: art. 316 lit. b GE.

314 Exemple: § 300 ch. 1 lit. b TG.

l'attente d'un jugement rendu par une autre autorité³¹⁵; erreur ou inadvertence dans l'appréciation de faits pertinents³¹⁶; défaut de la partie qui succombe, lorsqu'elle n'a pas été citée régulièrement ou a été empêchée de comparaître³¹⁷; omission d'entendre le ministère public, lorsque le jugement préjudicie à la partie dans l'intérêt de laquelle il aurait dû être entendu³¹⁸; vice matériel dans la représentation des parties en justice³¹⁹; violation de lois établies spécialement en faveur de mineurs et d'interdits³²⁰.

Ce premier groupe, dont les composants ne procèdent d'aucune idée directrice commune, appelle un bref commentaire. Les ouvertures énumérées ci-dessus se retrouvent toutes, à l'exception du cas de défaut, à l'article 136 OJF (et, avant lui, à l'article 192 PCF du 22 novembre 1850), soit aux articles 480 et 481 aCPCF. De toute évidence, les lois cantonales qui les ont retenues sont inspirées de l'un ou l'autre de ces textes.

Or le législateur français a récemment éliminé du recours en revision les ouvertures qui déparaient l'unité et la cohésion de la requête civile, soit celles qui faisaient l'objet de l'article 480 ch. 2-8 et 481 aCPCF; en d'autres termes, le droit français actuel ne connaît plus une seule ouverture qui entre dans la présente rubrique. Le législateur neuchâtelois, qui s'est inspiré du droit français dès 1876, a précédé son homologue dans cette voie en 1906 déjà³²¹.

En procédure fédérale, la situation est particulière en raison de la position qu'occupe le Tribunal fédéral au sommet de la hiérarchie judiciaire. Celle-ci exclut tout recours autre qu'une voie de rétractation, abstraction faite d'un recours aux organes institués par la Convention européenne des droits de l'homme³²². Le législateur fédéral a donc choisi d'attribuer à la revision les ouvertures énumérées à l'article 136 OJF, plutôt que de dissocier la revision et la nullité. Ce n'est donc pas dans la Loi d'organisation judiciaire fédérale et les textes cantonaux qui s'en sont inspirés qu'il faut rechercher les bases d'une explication fonctionnelle du recours.

On en arrive aux imperfections occultes, en précisant d'emblée que le vice ne se révèle pas, par nature, après le prononcé de l'acte attaqué. Cependant, il ne peut généralement être invoqué, par la voie du recours en

315 Art. 136 lit. a OJF.
 316 Exemple: § 215 ch. I ZG.
 317 Exemple: § 300 ch. I lit. c TG.
 318 Art. 316 lit. c GE.
 319 Exemple: art. 323 lit. c FR.
 320 Art. 320 GE.
 321 BGC 70 p. 62.
 322 ASDI 1983 p. 275-277.

revision, que s'il n'était pas possible au recourant de s'en prévaloir en temps utile. Certains codes disposent expressément cette restriction, de manière générale³²³ ou particulière³²⁴. Ailleurs, elle ressort implicitement du libellé de l'ouverture. La faculté d'enrichir la matière litigieuse d'éléments nouveaux, que ce soit en cours d'instance ou par l'interjection d'un recours ordinaire, prive ainsi les parties du droit de recourir en revision.

Les ouvertures appartenant à cette catégorie sont les suivantes: apparition de faits nouveaux³²⁵; découverte de preuves nouvelles³²⁶, voire, plus précisément, d'un titre qui n'avait pu être produit³²⁷; infraction pénale commise au préjudice du requérant³²⁸; corruption du juge ou d'un membre du collège saisi du litige³²⁹; mensonges proférés par une partie lors de son interrogatoire³³⁰, par un témoin lors de son audition³³¹ ou par un expert dans son rapport³³²; faux serment³³³; fausseté d'une pièce produite en preuve³³⁴ ou, plus généralement, des preuves administrées³³⁵; machination frauduleuse³³⁶ ou, plus simplement, fraude³³⁷; annulation subséquente d'un jugement civil, pénal ou administratif sur lequel se fonde le jugement attaqué³³⁸. Ces ouvertures présentent, au contraire des précédentes, un point commun évident. Toutes visent une déviation possible, probable ou certaine dans la réduction de l'état de fait réel en un complexe de données placées à la base du jugement. Le plus souvent, la déformation altère la matière à laquelle s'applique le raisonnement juridique; il arrive aussi que le raisonne-

323 Exemple: art. 595 al. 2 nCPCF.

324 Exemple: § 215 ch. 3 ZG.

325 Exemple: art. 137 lit. b OJF.

326 Exemple: § 349 lit. a AG.

327 Exemple: art. 476 ch. 2 VD.

328 Exemple: art. 137 lit. a OJF.

329 Exemple: art. 346 lit. e TI.

330 Exemple: § 349 lit. d AG.

331 Exemple: § 580 ch. 3 RFA.

332 Exemple: § 349 lit. c AG.

333 Exemple: art. 403 ch. 3 CPCN.

334 Exemple: art. 319 lit. b GE.

335 Exemple: § 268 lit. b LU.

336 Exemple: art. 323 lit. e FR.

337 Art. 595 ch. 1 nCPCF.

338 Exemples: art. 346 lit. c TI; § 580 ch. 6 RFA. le même résultat est obtenu, dans d'autres systèmes, par le mécanisme de la cassation par voie de conséquence. Cette ouverture paraît se rapprocher de celle qui permet la revision pour contrariété de jugements rendus par le même tribunal, entre les mêmes parties, sur le même objet et les mêmes moyens (comp. aussi le § 580 ch. 7a RFA). Il faut pourtant les distinguer nettement. En cas de contrariété de jugements, le second jugement est sujet à revision (Garsonnet/Cézar-Bru, p. 812). Celui-ci, étant intervenu entre les parties à un procès antérieur, dont l'issue leur est supposée connue, révèle dès son prononcé la contradiction entre les deux dispositifs. Dans l'hypothèse du texte, l'antériorité de l'acte sur lequel se fonde le jugement susceptible de revision est postérieure au prononcé du nouveau jugement.

ment lui-même soit faussé, par la partialité dont son auteur semble avoir fait preuve. Dans tous les cas, le plaideur lésé apparaît victime d'une situation procédurale ou extraprocédurale dont il ne possédait pas la maîtrise.

La diversité des ouvertures provient de la multiplicité des facteurs qui peuvent contribuer à gauchir la vérité judiciaire, mais aussi, et surtout, d'une différence portant sur le degré de généralité auquel elles se situent. Ainsi, la découverte d'un titre équivaut à la découverte d'une preuve nouvelle, mais d'une preuve particulière. Le faux témoignage ou le faux serment ne sont autres que des infractions pénales précises. Si l'on progresse d'un degré, on s'aperçoit que les notions de fait nouveau et de preuve nouvelle englobent tous les autres motifs inclus dans ce groupe, ce qui paraît en rendre l'énoncé superflu, sinon à titre d'illustration³³⁹. Une double observation s'impose toutefois.

D'abord, la coexistence dans le même texte de deux ouvertures dont une est comprise dans une autre, plus générale, se justifie par les conditions spéciales posées à son invocation. Plus de la moitié des lois examinées, qui ouvrent la revision en cas d'infraction pénale, précisent que la commission de celle-ci doit être établie par un jugement pénal, certaines d'entre elles ajoutant que la revision est exclue si aucune condamnation n'a été prononcée en raison d'un défaut de preuves³⁴⁰. Ailleurs, il suffit que l'infraction ait été prouvée au cours d'une procédure pénale³⁴¹, la preuve pouvant être rapportée d'une autre manière si l'action pénale est exclue³⁴².

Ensuite, les faits et preuves nouveaux sont compris parfois dans une acception étroite, en ce sens qu'ils doivent se rattacher directement à l'objet du litige tranché par le jugement attaqué³⁴³. Le Tribunal fédéral a notamment estimé qu'un faux témoignage n'était pas un «fait nouveau par rapport à l'objet de la procédure»³⁴⁴. Cette formulation rappelle un arrêt plus ancien rendu, il est vrai, en application de l'article 192 ch. 1 lit. c PCF 1850, et dans lequel notre haute cour prenait la cause de la demande pour référence³⁴⁵. Sans anticiper sur la troisième partie de ce travail, observons

339 Sic § 344 lit. a pAG.

340 Art. 368 ch. 3 BE; § 289 lit. a UR; § 215 ch. 4 ZG; art. 284 ch. 2 AI; art. 377 ch. 3 JU; art. 347 al. 1 TI; § 581 RFA.

341 Art. 137 lit. a OJF; § 349 lit. e AG; art. 323 lit. b FR; art. 435 ch. 3 SG; art. 273 al. 1 GR.

342 Cette cautèle existe aussi dans les cantons du Valais (art. 274a ch. 2) et de Soleure (§ 311 lit. b), qui exigent en principe un jugement pénal; cf. aussi le § 278 ch. 3 pTU et l'art. 261 al. 2 pSG.

343 Rust, p. 122: «Rölevant sind (...) nur Tatsachen, die (...) unmittelbar selbst Entscheidungsgrundlage gebildet hätten»; p. 123: «Auch Beweismittel können nur Revisionsgrund sein, wenn sie zur Erhaltung erheblicher Tatsachen taugen».

344 ATF 86 II 200; cf. aussi ATF 88 II 63-64.

345 ATF 61 II 267; cf. pourtant ATF 38 I 686 et 834.

déjà que le Tribunal fédéral a de l'objet du litige, et en particulier de la cause de la demande, une vision relativement restreinte, en ce qu'il assimile volontiers cette dernière à la prétention matérielle invoquée par le demandeur³⁴⁶. Une infraction pénale commise au détriment d'une partie, ainsi que les preuves qui s'y rapportent, ne s'inscrivent donc pas nécessairement dans les limites de l'objet du litige ainsi défini. Les dispositions érigeant la commission d'une infraction en ouverture indépendante trouvent ainsi une raison d'être supplémentaire³⁴⁷. Ce raisonnement ne nous convainc pas, mais il est trop tôt pour le discuter ici.

Plusieurs textes récents ont abandonné la juxtaposition de la clause générale (découverte d'un fait nouveau ou d'une preuve nouvelle) et de l'ouverture spéciale fondée sur la commission d'une infraction³⁴⁸. Le projet de ZPO lucernoise atteint le degré de généralité suprême. Il autorise la revision «wenn eine Partei erhebliche Tatsachen vorbringen kann, die zur Zeit der Urteilsfällung schon bestanden hatten, die sie aber trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht kannte oder nicht beweisen konnte»³⁴⁹. Cette conception épurée du recours rejoint le produit des réflexions auxquelles L. Boyer s'était livré sur la requête civile de l'ancien droit français: «la requête civile n'est pas autre chose que l'action en nullité devant, en principe, exister contre un jugement chaque fois que le vice faisant grief est un fait tardivement découvert»³⁵⁰.

De la communauté de fonction ainsi dégagée entre les ouvertures à revision typiques découlent en cascade deux principes de degré inférieur.

D'abord, le recours n'a de sens que s'il est ouvert pendant une période relativement longue. Il se distingue en cela des remèdes rattachés accidentellement³⁵¹ à la revision. La plupart des lois consultées ont adopté un double délai de déchéance, reprenant en cela une technique qui n'est pas étrangère au droit de fond³⁵². Un premier délai, relatif, commence à courir à la date à laquelle le recourant se trouve en situation d'invoquer librement et efficacement le motif de revision qu'il a découvert. Ce délai se double dans la règle d'un délai absolu, dont le point de départ est fonction du prononcé ou de l'entrée en force de l'acte attaqué, et à l'échéance duquel les parties

346 Cf. *infra*, p. 307.

347 ATF 86 II 200: «Sinon, on enlèverait toute portée à cette disposition» (l'art. 137 lit. a OJF).

348 Exemples: § 222 SZ; 293 ZH.

349 § 432 pLU.

350 P. 85.

351 Dans le même sens, Guldener, ZPR, p. 520 n. 11; Graven, p. 273 n. 1.

352 Art. 60 al. 1, 67 al. 1 CO.

sont définitivement déchuës de la faculté de contester le jugement qui leur fait grief. Le délai relatif varie entre vingt jours et un an, le délai absolu entre cinq et quinze ans, certaines lois ne fixant même aucune limite temporelle³⁵³.

Conséquence de ce qui précède, le recours n'est pas suspensif au sens où ce terme a été défini plus haut. En souscrivant à la proposition contraire, le législateur porterait une atteinte trop grave aux intérêts de la partie victorieuse, menaçant par ailleurs la sécurité juridique et la réalisation du droit matériel. Ces valeurs ne s'opposent pas, en revanche, à ce qu'un effet suspensif soit conféré au dépôt du recours par décision du juge, voire même de par la loi, lorsque le jugement attaqué n'a pas encore été exécuté³⁵⁴.

Le recours en revision typique apparaît ainsi comme un recours extraordinaire par nature: il sanctionne un vice précisément décrit par la loi, caractérisé par la méconnaissance d'un fait important pour l'issue du litige; il peut conduire à l'invalidation d'un acte juridictionnel pleinement efficace.

III. *Le «principe de revision»*

1. *La portée de la question*

Les observations qui précèdent ont révélé à grands traits les caractères distinctifs de la revision. On peut se demander s'il est possible de remonter plus haut encore et de dégager un principe supérieur commun dont procéderaient les ouvertures à revision typiques. La question n'a guère suscité d'intérêt dans notre pays. En France, L. Boyer a relevé le caractère hétéroclite de la requête civile de l'ancien code de procédure et suggéré une épuration restituant à la revision son domaine naturel. En République fédérale allemande, le point qui nous intéresse a donné lieu à un échange de vues animé. Bien que le débat se limite à la Restitutionsklage des § 580ss. ZPO, il présente pour nous un double intérêt.

D'une part, les ouvertures à revision de la ZPO présentent des analogies notables avec celles qu'a retenues le législateur neuchâtelois. La tech-

353 20 jours: art. 348 TI; un an: § 313 SO; art. 405 al. 1 CPCN. Le droit saint-gallois ne connaît pas de délai relatif (cf. Zweifel, p. 13). Pour ce qui est du délai absolu, plusieurs lois retiennent une durée de 5 ans: § 247 i. f. BS; § 230 al. 2 BL; art. 276 al. 1 GR; art. 294b al. 2 VS. L'art. 323 ch. 1 GL prévoit, à l'opposé, un délai de 15 ans. Sont réservées les dispositions particulières relatives à l'ouverture délictuelle. Enfin, la France, Appenzell Rhodes intérieures, Schwytz, Zürich, Genève et Neuchâtel ne connaissent pas de délai absolu.

354 § 330 GL.

nique législative – une casuistique serrée – est la même dans les deux systèmes.

D'autre part, la définition d'un principe de revision détermine indirectement l'attitude qu'il convient d'adopter face aux moyens de droit matériel permettant théoriquement la remise en question indirecte d'un acte juridictionnel. En droit suisse, le problème est d'autant plus épineux qu'il touche à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. C'est donc, en dernière analyse, la liberté du législateur cantonal qui peut être mise en cause.

L'idée de la recherche systématique et approfondie d'un principe de revision – Restitutionsprinzip – revient à H.F. Gaul, dont la thèse, qui jouit encore d'une autorité certaine³⁵⁵, n'a trouvé que de timides contradicteurs avant que J. Braun n'en prenne méthodiquement le contre-pied.

2. *L'idée de H. F. Gaul*

H.F. Gaul campe en premier lieu la situation conflictuelle qui donne sa raison d'être à la Restitutionsklage. Il observe à cet égard que le procès civil a pour but exclusif la réalisation de la justice sur la base de la vérité (*Verwirklichung der Gerechtigkeit (= sachlichen Rechts) auf der Grundlage der Wahrheit*)³⁵⁶. Cette aspiration ne se réalise pas toujours dans les faits, mais l'intérêt supérieur de la collectivité exige qu'un jugement erroné, produit d'un procès qui a manqué son but, soit considéré comme s'il était juste. La Restitutionsklage apporte une compensation partielle à la priorité accordée en principe à la sécurité sur la justice.

H.F. Gaul constate ensuite que les ouvertures à revision du droit allemand se rapportent toutes à un vice affectant la base du jugement (*Urteilsgrundlage*)³⁵⁷, et qu'elles sont souvent ressenties comme visant des cas d'injustice particulièrement flagrante³⁵⁸, ce qui est erroné à son avis. En effet, écrit-il, le «degré d'injustice» ne saurait être déterminé en termes absolus: seule compte la référence concrète à laquelle peut être comparée l'œuvre du juge. En conséquence, la revision est ouverte non pas lorsque le jugement apparaît très injuste, mais lorsqu'il est possible d'apporter la preuve que l'une des bases sur lesquelles il repose est erronée³⁵⁹, c'est-à-dire en cas d'in-

355 Voir notamment Stein/Jonas, n.m. I ad § 580 ZPO; Jauernig, ZPR, p. 227, 271; Orfanides, p. 42 n. 123; Braun, p. 162; BGHZ 38 p. 333ss., 336-337.

356 P. 53.

357 P. 70.

358 P. 76. Ce point de vue est également répandu dans notre pays; cf. par exemple Rust, p. 15; Ramer, p. 45.

359 P. 78.

justice patente. L'auteur évoque alors la solidité des preuves exigées par la loi en matière de revision: un jugement pénal dans les cas visés au § 580 ch. 1-6 ZPO; un titre, dans les hypothèses du § 580 ch. 7 ZPO. La force probante du jugement pénal est de pur fait, mais elle tire sa qualité spécifique des garanties procédurales accordées à l'accusé par la justice pénale et de ce que l'action pénale porte très précisément sur un élément ne constituant qu'une péripétie du procès civil, parfois inconnue du juge³⁶⁰. La valeur probante particulière du titre résulte de la loi en droit allemand³⁶¹. H. F. Gaul définit dès lors le «Restitutionsprinzip» qu'il a dégagé en ces termes: «Die Restitution erscheint dann unbedenklich und geboten, wenn sich der Angriff gegen die Rechtskraft auf solche Grundlagen stützen kann, die angesichts ihrer besonderen tatsächlichen oder gesetzlichen Beweiskraft die Unrichtigkeit der Urteilsgrundlage in einem solchen Masse offenkundig machen, dass eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, es wäre anders entschieden worden, wenn die in diesen Beweisgrundlagen verkörpert, schon zur Zeit des früheren Verfahrens vorhandenen Tatsachen hätten berücksichtigt werden können»³⁶².

En bref, H. F. Gaul résume sa théorie par un mot: Beweissicherheit. Le § 580 ZPO se caractérise par la force probante des preuves sur lesquelles le demandeur doit fonder sa demande. La loi exige une preuve préalable ébranlant par elle-même les fondations du jugement, d'une manière évidente.

L'auteur se penche alors sur les arguments militant pour ou contre une extension de la revision à des hypothèses que la loi n'envisage pas expressément. La découverte d'un principe supérieur autorise dans la règle une interprétation extensive de la loi, mais H. F. Gaul part de l'idée que le législateur entendait énumérer limitativement les ouvertures à revision. Une application analogique du § 580 ZPO suppose le respect de cette volonté, et se justifie uniquement dans la mesure où l'évolution de la vie juridique a fait apparaître des hypothèses comparables à celles que le législateur avait en vue, mais qu'il n'avait pas envisagées³⁶³. H. F. Gaul observe encore que l'étendue du recours à l'analogie est également fonction d'un choix théorique relatif à l'autorité de la chose jugée. Les partisans de la théorie matérielle, selon laquelle le jugement crée un droit nouveau, ressentent le recours en revision comme une atteinte au droit matériel, à la réalité juridique née

360 P. 80.

361 § 415-418 ZPO; Grundlagen, p. 81, 99.

362 P. 83.

363 P. 117

du jugement. Dans cette optique, une extension des ouvertures à revision se conçoit difficilement. Cet empêchement disparaît si l'on choisit, comme l'auteur, la théorie processuelle, qui voit dans la chose jugée la simple expression d'un postulat de cohérence et de sécurité.

Se fondant sur les bases ainsi définies, H. F. Gaul passe en revue les éventualités dans lesquelles une application analogique du § 580 ZPO entre en considération. Au terme de son étude, il n'affirme la possibilité d'une extension de cet ordre que dans certaines hypothèses particulières relevant du droit de la filiation, dans lesquelles un titre établi après la clôture du procès peut présenter une valeur probante élevée. Tel est le cas d'un acte de naissance³⁶⁴, d'une inscription officielle relative à la légitimation d'un enfant³⁶⁵, ou encore d'une expertise établissant ou excluant un lien de filiation paternel avec un très haut degré de vraisemblance³⁶⁶. Ces documents sont aptes à prouver l'existence d'un fait antérieur à leur confection de manière aussi convaincante qu'un titre contemporain au fait à prouver. D'autre part, l'auteur envisage une application analogique du § 580 ch.6 ZPO³⁶⁷ en cas d'annulation subséquente d'une décision présentant une certaine parenté avec un jugement, comme un acte administratif ou un acte de juridiction gracieuse³⁶⁸. Hormis ces quelques exceptions, le Restitutionsprinzip fait obstacle à une extension des ouvertures à revision par voie d'interprétation. Les § 580ss. ZPO forment un système fermé excluant toute autre atteinte à la force ou à l'autorité de la chose jugée, qui serait tirée du caractère erroné, en fait, d'un jugement entré en force.

3. *Le point de vue de J. Braun*

On l'a dit, la théorie élaborée par H. F. Gaul s'est imposée en Allemagne comme une expression de la volonté du législateur. J. Braun s'est employé récemment à la démanteler, en partant de l'idée qu'il s'agissait là d'un préliminaire indispensable aux développements qu'il a l'intention de consacrer bientôt à l'action en dommages-intérêts fondée sur l'obtention irrégulière d'un jugement fautif.

J. Braun observe en premier lieu que le droit de la revision, comme la procédure civile tout entière, fonctionnent selon le principe d'évidence; le droit judiciaire ne se nourrit pas de ce qui est, mais de ce qui paraît établi.

364 P. 129ss.

365 P. 139ss.

366 P. 143ss.

367 Cf. supra, n. 338.

368 P. 195ss.

De ce constat, il résulte qu'un jugement ne doit être réformé que s'il est démontré qu'il est erroné. Cela ne signifie pas, en revanche, qu'il ne peut être soumis à un examen critique que s'il apparaît manifestement faux, a priori, comme le soutient H. F. Gaul³⁶⁹. En d'autres termes, J. Braun s'en prend à l'idée que l'action ne peut être intentée que si le demandeur dispose, au départ, d'une preuve qualifiée sapant les bases de l'acte attaqué. La démonstration comporte deux pôles: d'une part, la prétendue force probante qualifiée supposée par les § 580ss. ZPO est sujette à caution; d'autre part, les preuves ébranlant sérieusement les fondations d'un jugement n'ouvrent pas toutes la revision en droit allemand.

Sur le premier point, J. Braun rappelle d'abord que la notion de titre recouvre tout écrit destiné à prouver un fait. Or la valeur probante d'un titre n'est pas toujours supérieure, en fait, à celle d'une autre preuve. Un témoin peut coucher ses déclarations par écrit, plutôt que de venir les faire à l'audience³⁷⁰. La force probante particulière que la loi confère aux titres dépend de la nature du titre et du thème de la preuve. A certains égards, les titres sont appréciés librement par le juge, comme toute autre preuve. Au surplus, une pièce ne saurait ébranler les bases d'un jugement que si son contenu concerne un fait directement pertinent pour l'issue du litige. A défaut, le pouvoir donné au juge d'apprécier librement la ou les preuves directes briserait le lien de causalité hypothétique censé unir le contenu du titre et la teneur du jugement. J. Braun constate que la jurisprudence n'a apporté à la notion de titre au sens du § 580 ch. 7b ZPO aucune des restrictions qu'il faudrait logiquement lui attacher si l'on voulait limiter la restitution aux hypothèses dans lesquelles le titre joue un rôle probatoire privilégié. D'autre part, les tribunaux admettent non seulement que l'authenticité du titre ou la date de sa confection soient démontrées par des moyens de preuve ordinaires, mais encore que la revision peut être accordée alors même que le titre invoqué ne serait pas produit, pour autant que son contenu soit rendu certain d'une autre manière³⁷¹. En bref, la revision du § 580 ch. 7b ZPO suppose l'existence d'un titre, mais d'autres moyens de preuve peuvent concourir à démontrer la réalité du fait à prouver. Il est en effet rarissime qu'un titre prouve à lui seul l'ensemble des conditions nécessaires à la rétractation du jugement. Exemple: le titre nouvellement découvert ne prouve pas que le demandeur s'en serait prévalu s'il avait pu en disposer en temps utile.

369 Braun, p. 248-249.

370 P. 259.

371 RGZ 135 p. 123ss.

En ce qui concerne la force probante du jugement pénal, J. Braun observe entre autres que si le juge civil est censé ne pas s'écarter en principe des constatations faites par le juge pénal, c'est avant tout parce que les faits établis au pénal pourraient l'être à nouveau au civil³⁷². La jurisprudence laisse d'ailleurs le juge civil libre d'apprécier la commission de l'infraction, au stade du rescisoire. Le jugement pénal est une condition formelle d'octroi de la restitution. Passé ce cap, sa force probante n'excède en rien celle des preuves administrées au pénal qui n'ont, en elles-mêmes, aucune valeur particulière. Quant aux garanties d'objectivité tirées de la complexité du procès pénal, elles apparaissent fort maigres lorsque le «jugement pénal» consiste en un mandat de répression³⁷³. L'auteur signale aussi que les infractions constitutives d'une ouverture à révision ne démontrent pas toutes la fausseté du jugement civil. Une condamnation pour faux témoignage, faux serment, faux dans les titres, ou pour prévarication, établit la violation de certains devoirs, non pas le caractère erroné du jugement³⁷⁴.

Si l'on entend faire découler les ouvertures à révision d'un principe commun, relève J. Braun, il faut prendre pour référence l'hypothèse dans laquelle la loi pose les conditions objectives les moins rigoureuses. Vu ce qui précède, une application analogique devrait entrer en considération dès que le demandeur se trouve en situation de produire une preuve nouvelle quelconque³⁷⁵.

Sur le deuxième point, J. Braun constate que l'expertise relative aux liens de filiation existant entre un adulte et un enfant n'est pas la seule qui soit apte à fournir la démonstration d'un fait passé³⁷⁶. C'est pourtant la seule qui ait été admise comme ouverture à révision par la jurisprudence, puis par la loi³⁷⁷. L'auteur se demande également comment il est possible d'expliquer par le Restitutionsprinzip l'exclusion de certains moyens de preuve pourtant très solides. Une photographie peut être aussi parlante qu'un titre, surtout si l'on se rappelle que la date de la confection du titre peut être prouvée par tous les moyens. La jurisprudence a toutefois refusé d'assimiler une photographie à un titre³⁷⁸. Une inspection oculaire peut également engendrer la conviction de ce qu'un jugement civil est erroné. Entre autres exemples éloquents, J. Braun rapporte l'état de fait suivant, dont a eu

372 P. 278.

373 P. 287-289.

374 P. 289-290, 292.

375 P. 278, implicitement. J. Braun conteste l'opportunité d'une telle extension; cf. p. 268.

376 P. 258.

377 § 641 i ZPO.

378 P. 282ss.

à connaître le Landesgericht de Stuttgart en 1956: après avoir donné le jour à un enfant, une jeune Allemande intente une action alimentaire à l'un de ses partenaires, allemand lui aussi, qui est condamné au paiement d'une pension. En grandissant, l'enfant présente des traits physiques négroïdes qui vont en s'accusant de plus en plus³⁷⁹. Malgré l'évidence, la restitution est exclue, sauf expertise.

En conclusion, J. Braun juge le Restitutionsprinzip inapte à refléter la réalité sous-entendue par les § 580ss. ZPO. Il adresse à la théorie de H. F. Gaul deux reproches essentiels.

En premier lieu, le Restitutionsprinzip prend pour valeur de référence le résultat de la procédure, soit le jugement dont la justesse serait testée au regard de la preuve nouvellement apportée par le requérant. En réalité, dit J. Braun, il est de nombreux cas dans lesquels le motif de restitution a eu pour effet de faire dévier complètement le cours de la procédure. «Hinfällig wird hier vielmehr das stattgefundene Verfahren mehr oder weniger als Ganzes, so dass es an einem «prozessualen» Massstab zur Feststellung der «sachlichen Urteilsrichtigkeit» überhaupt fehlt»³⁸⁰.

En second lieu, l'auteur relève que le Restitutionsprinzip de H. F. Gaul rattache a priori aux moyens de preuve nouveaux ce qui est en réalité le résultat possible de l'instance en revision, savoir la démonstration de ce que l'acte attaqué est vicié³⁸¹. Dès lors, conclut J. Braun, il n'y a pas d'obstacle à une extension véritable du droit de la revision, telle que la pratique l'a déjà admise en termes ambigus, sous la forme d'une action en réparation du dommage qu'un plaideur subit du fait de l'obtention ou de l'utilisation frauduleuse d'un jugement fautif par son adversaire.

4. Synthèse

Une opposition aussi fondamentale, à propos des mêmes dispositions légales, n'est pas étonnante en soi. Nous avons vu que les ouvertures à revision portant expressément ou implicitement l'exigence d'un lien de causalité hypothétique pouvaient être comprises de deux façons différentes. Ce qui est surprenant, en revanche, c'est qu'une controverse de cette importance puisse subsister plus d'un siècle après l'entrée en vigueur de la ZPO, alors que les § 580ss. ont donné lieu à une jurisprudence relativement abon-

379 P. 285-286; comp. pour un état de fait très voisin. ATF 55 II 297.

380 P. 293.

381 P. 293-294.

dante. La technique législative casuistique entraîne, ici comme ailleurs, de graves difficultés d'interprétation que la science juridique allemande n'est pas encore parvenue à surmonter dans le domaine de la revision. Les ouvrages de MM. Gaul et Braun démontrent dans tous les cas la multiplicité des interférences qui peuvent faire dévier le procès de la route idéale qu'il est censé suivre. Certaines, parmi celles-ci, apparaissent assez graves au législateur pour qu'il juge nécessaire de détruire l'acte ponctuant une instance réputée imparfaite et qui, de ce fait, se trouve privé de la présomption de justesse dans laquelle il puise son autorité.

En définitive, les variations que l'on a constatées à propos de la fonction du recours se ramènent à une gradation temporelle.

Lorsqu'un système choisit l'option cassatoire, l'ouverture à revision vise la racine du mal. Elle sanctionne un risque d'erreur.

Dans l'option réformatoire classique, l'autorité de recours se place, dans le temps, à la hauteur de l'acte attaqué, ce qui suppose une comparaison dont un terme ne se dessine que dans l'esprit du juge de revision. La démarche correcte suppose une gymnastique mentale par laquelle l'autorité de recours reprendrait les réflexions du juge du fond au moment où l'élément méconnu aurait dû être pris en considération, sans égard à ses cogitations ultérieures³⁸². Le mal n'est réparé, ici, que dans la mesure où ses effets néfastes sont répercutés sur la teneur du jugement.

Enfin, la justesse du jugement peut être examinée d'emblée au regard de la situation telle qu'elle se présente lorsque l'autorité de recours statue, par un anachronisme assurant une préservation optimale de la sécurité juridique. Le mal n'est alors combattu que si ses effets n'ont pas encore disparu.

Au-delà de ces choix techniques, le processus de revision envisagé globalement (rescisoire compris) tend toujours, en dernière analyse, à la correction du résultat du procès. Pour le recourant, la cassation suivie d'une confirmation de l'acte attaqué représente une victoire à la Pyrrhus³⁸³. Il s'agit donc bien d'obtenir l'élimination d'une expression trop approximative de la vérité juridique et son remplacement par une proposition plus vraisemblable. Or la vraisemblance se mesure à la qualité des preuves. La preuve est donc bien, comme le dit H. F. Gaul, le centre de gravité de la revision, même lorsque le recours est ouvert en cas d'apparition d'un fait nou-

382 Comp. Gaul, Grundlagen, p. 135ss.
383 Beltermann, p. 417.

veau³⁸⁴. Mais si l'hypothèse exprimée par l'ouverture sous-entend l'apport d'une preuve d'une certaine valeur persuasive, seule la procédure de revision établira si elle suffit à ébranler les fondations de l'acte attaqué en l'espèce. J. Braun nous paraît avoir raison sur ce point.

Les variations que l'on constate d'un système à l'autre touchent le type de fait, le genre de preuve invocables, mais aussi la relation de causalité hypothétique entre l'élément nouveau et le jugement, ces trois éléments formant la palette à partir de laquelle le législateur compose son système de revision, en fonction de critères qui peuvent déborder le cadre du droit judiciaire. La jurisprudence fédérale est instructive à cet égard: on se rappelle que lorsque le recourant allègue avoir découvert un fait nouveau ou une preuve nouvelle, la revision ne peut être accordée que si l'élément nouveau se rapporte directement à l'objet du litige³⁸⁵. En revanche, l'ouverture tirée de la commission d'une infraction ne suppose pas ce lien de pertinence directe. Le rapport entre l'élément nouveau et l'état de fait placé à la base du jugement se distend. Une telle extension nous paraît dictée par un souci de cohérence entre le pénal et le civil, ce qui confère une connotation punitive à l'ouverture tirée d'une infraction pénale.

Le postulat de cohérence – au sens le plus large – est lui-même à la source de sérieuses difficultés d'interprétation, lorsque le droit matériel ou formel fait obstacle à la recherche ou à l'exploitation d'une preuve propre, par elle-même, à assumer sa fonction persuasive. Si le premier juge se conforme à cette prohibition, il risque de rendre un jugement correct sur le plan procédural, mais «injuste» au regard du principe d'évidence. L'hypothèse inverse entraîne le résultat contraire. Qu'il adopte l'une ou l'autre attitude, le plaideur perdant pourra revendiquer le prononcé d'un jugement plus favorable pour lui. Pourtant, la revision ne peut être au service que de l'une des parties. La question mérite un développement, qui sera entrepris dans la troisième partie. Si elle est effleurée ici, c'est uniquement pour dire qu'il n'est pas possible à notre avis de lui apporter une réponse générale tirée d'un principe immanent au droit de la revision³⁸⁶.

384 Dans le même sens. Soliva, p.38; cf. aussi HP.Marti, p.36; Forni, p.105.

385 Cf. supra, p.85.

386 Contra, implicitement, E.Wais, *Die Verwertbarkeit fehlerhaft erzielter Beweisergebnisse und rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, thèse, Tübingen 1966, p.130; Zeiss, p.388; comp. Blomeyer, p.21-22, 210, à propos de l'influence de la «fausseté» du jugement sur le sort d'une demande en dommages-intérêts fondée sur un comportement procédural irrégulier.

IV. *La revision et la chose jugée*

1. *Les termes de l'opposition*

Le début de ce travail a révélé progressivement l'appariement logique qui oppose l'autorité de la chose jugée et la revision. Trivialement, on peut l'exprimer ainsi: s'il était possible de renouveler tout procès sans restriction, il n'y aurait pas de raison de prévoir un recours ou une action spéciale destiné(e) à la correction d'un jugement efficace³⁸⁷. Il est temps de préciser cette antinomie.

Qu'un système assigne à la revision une vocation cassatoire ou réformatrice, la cible du recours est toujours le jugement lui-même, menacé dans son intégrité. Cela signifie que le recours est dirigé contre la force de chose jugée, actuelle ou virtuelle, de l'acte³⁸⁸. Rappelons que la force de chose jugée protège le jugement contre une révocation éventuelle (*Widerruf*), contrairement à l'autorité de la chose jugée, qui le défend contre un prononcé qui contredirait son contenu (*Widerspruch*). On comprend ainsi que la revision soit ouverte, en matière administrative³⁸⁹, contre des décisions ne bénéficiant pas d'une autorité matérielle comparable à celle d'un jugement civil³⁹⁰.

Cependant, l'annulation d'un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée entraîne bien évidemment l'anéantissement de cette autorité même. Ajoutons encore que, dans certains systèmes, seuls les actes dotés de l'autorité de la chose jugée sont attaquables par voie de revision³⁹¹. Ce moyen – d'exception, rappelons-le – perd une partie de son utilité lorsque le justiciable peut obtenir une nouvelle décision prenant en considération un élément dont il n'aurait pu se prévaloir en temps utile. De même, le champ d'application du recours en revision est délimité, dans une large mesure, par l'étendue subjective, objective et temporelle de l'autorité de la chose jugée. Au-delà de ces limites, le recours peut céder la place à une action ordinaire³⁹². Le principe doit toutefois être assorti de nuances.

387 Comp. Rust, p. 41–42.

388 Poudrel, cours polycopié, p. 402; Gaul, Grundlagen, p. 108 ss., 111.

389 ATF 109 Ia 105; 98 Ia 572–573; A. Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 942 ss.

390 ATF 89 I 434; A. Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 882, 883 et les renvois; A. Grisel, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, p. 209.

391 Sträuli/Messmer, n. 2 ad § 293 ZPO; Rust, p. 46 ss.

392 Cf. BlzR 69 N° 36, p. 95; voir toutefois GVP 1962 N° 33, p. 99.

2. *La relation sur le plan subjectif*

Les raisons qui nous incitent à ne pas assimiler la tierce opposition à la revision proprement dite ont déjà été exposées. En ce qui concerne les conditions subjectives d'exercice de la revision typique, on dira simplement qu'elles ne se distinguent pas des règles ordinaires valables pour les recours réservés aux parties: les personnes touchées par l'autorité de la chose jugée ont qualité pour recourir, dans tous les cas; la qualité est reconnue également aux tiers qui ont été parties à l'instance ou qui ont intérêt à l'annulation formelle d'un jugement inefficace qui paraît leur être opposable³⁹³. Le domaine subjectif de la revision peut donc déborder celui de l'autorité de la chose jugée lorsque des circonstances exceptionnelles dictent cette mesure d'opportunité. Il n'y a rien là de spécifique à la revision.

3. *La relation sur le plan objectif*

On a évoqué plus haut³⁹⁴ la controverse qui anime la doctrine allemande à propos de l'objet du litige en instance de revision. L'objet du litige varie selon les systèmes, car il dépend de la fonction assignée au recours, elle-même décelable au moyen de trois critères: l'ouverture, le but déclaré de la revision et la structure de l'instance. La disparité d'objet se répercute sur la relation entre la revision et la chose jugée; certaines constantes apparaissent néanmoins, si l'on envisage le processus de revision dans son ensemble. Une première distinction s'impose, entre le rescindant et le rescisoire.

Dans la phase du rescindant, le tribunal s'interroge sur l'existence d'un motif de revision. M. Desbiolles en déduit que la revision pour «nova reperta» ne porte pas sur la même question (*eadem res*) que le procès originaire, de sorte que la domaine de la chose jugée ne recouvrirait pas celui de la revision³⁹⁵. Le contraire nous paraît exact, du moins en principe: le jugement rescindant ne statue certes pas sur la prétention de fond, mais il faut se rappeler que le recours en revision vise la force de chose jugée. S'agissant de l'autorité de la chose jugée, le problème se pose en ces termes: un plaideur pourrait-il faire valoir le fait invocable par voie de revision à l'appui d'une nouvelle action au fond? Une nouvelle distinction est nécessaire, entre l'effet principal et l'effet préjudiciel de la chose jugée.

393 - Guldener, ZPR, p. 492.

394 Cf. *supra*, p. 76-77.

395 P. 27.

S'agissant de l'effet principal, la question peut être ainsi précisée: l'élément nouvellement découvert est-il de nature à modifier l'objet du litige? La cause de la demande a été définie plus haut. Rappelons qu'elle se compose des faits directement pertinents qui individualisent la contestation. Une fois le jugement entré en force, les parties sont déchues du droit d'obtenir un nouveau jugement au fond sur la base des faits directement pertinents, allégués ou non, qui se rattachent à la prétention jugée. La forclusion s'étend bien évidemment à la faculté de prouver ces faits, ainsi qu'à celle d'alléguer tous les faits indirectement pertinents propres à en renforcer ou à en diminuer la vraisemblance. Le recours en revision typique tend, on l'a vu, à l'élimination d'une erreur, voire d'un risque d'erreur de fait. Ce qui n'a pas été jugé ne risque pas d'avoir été mal jugé. Le domaine de la revision se trouve bien inclus dans celui de la forclusion³⁹⁶. Cela n'exclut toutefois pas qu'un même fait assume une fonction multiple, se rattachant à plusieurs prétentions distinctes. Supposons par exemple qu'un paysan, propriétaire de plusieurs fermes, dont l'une a brûlé, actionne son vacher en dommages-intérêts, car il le soupçonne d'avoir bouté le feu à sa grange. La demande est rejetée faute de preuves. Ultérieurement, le vacher est surpris alors qu'il incendie une autre ferme du paysan. Cet événement entre, en tant que fait directement pertinent, dans la composition d'une prétention nouvelle. Il constitue également un fait indirectement pertinent se rapportant à la première affaire, couvert, en ce qui la concerne, par la forclusion. S'il est aisé, dans le cas de l'exemple, de délimiter le domaine respectif de la revision et de l'action au fond, cette opération devient délicate lorsqu'est en cause l'effet préjudiciel de la chose jugée.

En ce qui concerne l'effet préjudiciel, la question se pose ainsi: l'événement nouvellement découvert peut-il être placé utilement à la base d'une demande tendant à l'élimination du préjudice causé par un jugement fautif? Pour la résoudre concrètement, il s'agit en premier lieu de déterminer dans quelle mesure l'autorité de la chose jugée s'oppose à l'exercice d'une telle action (question préalable). Ce point élucidé, il faut décider si la réparation du dommage suppose le succès préalable d'un recours en revision (question principale).

396

Une réserve doit être faite, en l'état actuel de la jurisprudence fédérale, dans l'hypothèse d'un jugement écartant une demande en divorce. La découverte d'un fait nouveau peut fonder tant la revision du jugement qu'une demande nouvelle. Il s'agit du seul cas, à notre connaissance, où une ouverture à revision peut équivaloir, en fait, à une extension de l'objet du litige; comp. Haus, p.91; cf. aussi supra, p.56 et infra, p.186ss.

Examinons la question préalable. L'action nouvelle ne porte pas sur le même objet que le jugement critiqué, mais celui-ci tranche une question préjudicielle pour le procès en responsabilité ou fondé sur un enrichissement illégitime. Dans les relations entre les parties au procès originaire, une nette majorité de la doctrine estime que l'autorité de la chose jugée fait obstacle en principe au succès d'une telle demande³⁹⁷. Dans les relations entre la partie lésée et les tiers, en revanche, les opinions les plus diverses sont représentées. Les uns admettent un effet réflexe de la chose jugée (*Drittwirkung*), auquel le demandeur se heurtera s'il entend démontrer qu'une personne impliquée dans le procès sans y être partie a causé sa défaite par un comportement contraire au droit³⁹⁸. Les autres considèrent que l'effet préjudiciel de la chose jugée se limite aux parties³⁹⁹. Telle paraît être l'opinion implicitement reçue en Suisse. En ce qui concerne le témoin et l'expert, R. Klopfer⁴⁰⁰ affirme que l'autorité de la chose jugée ne s'oppose pas au succès d'une action en responsabilité. Ce point de vue est partagé, dans son principe, en ce qui concerne le témoin, par G. Leuch⁴⁰¹, M. Guldener⁴⁰², P. Herzog⁴⁰³, H. Sträuli et G. Messmer⁴⁰⁴. Pour ce qui est du juge, on observe néanmoins une tendance à limiter sa responsabilité pour les actes juridictionnels définitifs, même objectivement erronés, qui émaneraient de sa plume⁴⁰⁵. S'il est arrivé au Tribunal fédéral de se pencher sur la responsabilité du juge, c'était dans des cas où le jugement invoqué comme cause du dommage avait été cassé⁴⁰⁶. S'agissant d'un jugement entré en force, J. F. Egli estime insatisfaisant que le juge de la responsabilité doive rejuger la cause vidée par le premier juge, au risque de parvenir à un résultat diffé-

397 Guldener, ZPR, p. 366 n. 29, 387 n. 97; Sträuli/Messmer, n. 5 ad § 191 ZPO; Casanova, p. 167 ss; Ramer, p. 14; Gaul, Grundlagen, p. 99 ss.; Rosenberg/Schwab, § 163; Jauernig, ZPR, p. 226 ss.; Konzen, p. 134, 179 ss., 204, 249; L. Häsemeyer, Schadenshaltung im Zivilrechtsstreit, Heidelberg/Hamburg 1979, p. 136-137; H. Pasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1984, n. m. 1546-1547, p. 716-717; Perrot, chose jugée, Nos 186-187, et les références.

398 Schwab, p. 124 ss., 142; Rosenberg/Schwab, § 157 II; K. Hopt, Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, München 1968, p. 294 ss., 296.

399 Blomeyer, p. 211-217; Konzen, p. 181 n. 43.

400 P. 90 ss.

401 Implicitement, p. 207.

402 ZPR, p. 339.

403 P. 134-135.

404 N. 5 ad § 163 ZPO.

405 Egli, p. 20 n. 48 et les références; Vincent, Nos 174-175; comp. SJZ 1941-1942 p. 236-237.

406 ATF 79 II 425 ss., 437-438: «Toute loi de procédure prévoit un moment à partir duquel les jugements sont définitifs. Dès cet instant, ils ne peuvent plus être remis en question, sinon par la voie exceptionnelle de la révision. Il serait dangereux pour la sécurité du droit de permettre que les jugements définitifs soient précisément remis en question par le moyen indirect d'une action en responsabilité (...) contre le juge». Cf. aussi ATF 54 II 360 ss.; SJ 1981 p. 231.

rent⁴⁰⁷. H. U. Walder considère que l'autorité de la chose jugée n'est pas en cause lorsqu'un plaideur subit un dommage en raison du comportement illégitime du juge ou même d'une partie. «Nicht das Urteil als solches wird erneut zur Diskussion gebracht, sondern die Art und Weise, wie es zu diesem Urteil gekommen ist»⁴⁰⁸. Terminons ce tour d'horizon par l'action en responsabilité dirigée contre le mandataire, dont la partie perdante soutient qu'il a commis une erreur dans la conduite du procès. Dans l'ATF 89 I 159ss., le Tribunal fédéral a examiné librement les conséquences prétendues de l'omission, imputable au mandataire, de solliciter une expertise dans un procès en recherche de paternité. Notre cour suprême s'est interrogée sur l'issue prévisible du procès⁴⁰⁹, sans se préoccuper nullement du fait que le jugement était entré en force et que la condamnation de l'avocat supposait nécessairement la démonstration préalable de sa fausseté; mieux encore, que cette dernière était la cause directe du dommage subi par le demandeur. A notre avis, la distinction qui a trait à la qualité en laquelle le défendeur potentiel a participé au procès originaire est mal fondée. Quelles que soient les parties à la nouvelle instance, il s'agit pour le demandeur de montrer que la cause déjà tranchée a été mal jugée. Autrement dit, l'action nouvelle remet en cause la conformité au droit de la situation juridique dont le jugement critiqué constate l'existence *entre les parties*. Cette question préjudicielle – la justesse du jugement – dont la résolution est indispensable à un prononcé au fond, nous ne voyons pas pourquoi le juge pourrait l'examiner librement ou non selon que les parties à la nouvelle instance sont identiques ou ne le sont pas: la question à résoudre est la même dans les deux cas⁴¹⁰. Il y a là une différence essentielle entre l'effet principal et l'effet préjudiciel de la chose jugée, et il nous paraît exact d'affirmer, dans la mesure où la justesse du jugement doit être examinée préjudiciellement, que ce jugement déploie un effet réflexe à l'égard des tiers⁴¹¹.

Voyons maintenant la question principale. La priorité de la révision par rapport à l'action au fond est controversée, indépendamment de la portée reconnue à l'effet préjudiciel. Certains auteurs, qui nient tout effet réflexe de la chose jugée à l'égard des tiers, admettent en principe une concurrence parfaite entre la révision et l'action en responsabilité dirigée contre un témoin ou un expert⁴¹². R. Klopfer⁴¹³ observe toutefois que l'omis-

407 P. 20.

408 ZPR, p. 529.

409 Comp. ATF 87 II 372ss.; Roth-Grosser, p. 78 n. 12.

410 Dans le même sens, en ce qui concerne la distinction, mais contra, sur le fond, Walder, ZPR, p. 529.

411 Dans le même sens, implicitement, Casanova, p. 168, à la hauteur de la note 12; Schwab, p. 128–129.

412 Klopfer, p. 94–95; Blomeyer, p. 228, pour l'expert. Cet auteur est plus nuancé (p. 225) en ce qui concerne le témoin.

413 P. 95.

sion d'interjeter un recours en revision peut influencer sur le calcul du dommage subi par la partie lésée, qui est censée prendre toutes mesures utiles à la diminution du préjudice encouru. A l'inverse, J. F. Egli, bien que contestant lui aussi que l'autorité de la chose jugée s'oppose à une action en responsabilité dirigée contre le juge⁴¹⁴, affirme que le justiciable est tenu d'utiliser en priorité les moyens de correction que le droit de procédure met à sa disposition. A défaut, dit-il, «le souci de protéger le plaideur contre l'arbitraire de l'Etat ne justifie pas qu'on l'autorise à rouvrir le débat de la sorte»⁴¹⁵.

En France, la jurisprudence exclut une action en dommages-intérêts directe lorsque la fraude d'une partie était destinée à tromper le juge, mais elle la tolère lorsque le lésé a été amené à «laisser prendre un jugement contre [lui] sans se défendre»⁴¹⁶.

En Allemagne, les tribunaux ont admis une rupture de l'autorité de la chose jugée, en application du § 826 BGB, lorsque cette autorité est invoquée de manière abusive – d'où les dénominations «Arglistklage» ou «Rechtskraftmissbrauchsklage» –. L'action en responsabilité double ainsi la Restitutionsklage des § 580ss. ZPO. Cette pratique a été reçue de façon très mitigée en doctrine. Une majorité la juge mal fondée, en tant qu'elle permet à la partie lésée de contourner les barrières procédurales qui limitent la revision. H. F. Gaul, on l'a vu, s'est employé à démontrer que les causes de revision du § 580 ZPO constituaient un système fermé dominé par un principe supérieur. D'éminents auteurs se sont ralliés sans réserve à son raisonnement⁴¹⁷, alors que d'autres l'adoptent en principe, mais voient dans la solution jurisprudentielle une heureuse extension du droit de la revision⁴¹⁸. Quant à J. Braun, il aboutit à l'idée que l'Arglistklage est en réalité un recours extraordinaire, soit une action procédurale de même nature que la Restitutionsklage⁴¹⁹.

En Suisse, la doctrine paraît admettre unanimement la règle de base: l'effet préjudiciel du jugement ne peut être annihilé que par une voie de recours⁴²⁰; l'étendue de cet effet, en revanche, est incertaine. En admettant un effet réflexe à l'égard des tiers, nous excluons un recoupement entre la revision et l'action ordinaire. Cela revient à voir dans la revision, à tout le

414 P. 19.

415 P. 20.

416 Joly, Nos 65–66.

417 Rosenberg/Schwab, § 163 II 2; Jauernig, ZPR, p. 226ss.

418 Stein/Jonas, XI 4 d ad § 322 ZPO.

419 P. 245–246, 295.

420 Guldener, ZPR, p. 70; Bundesprivatrecht, p. 27; Casanova, p. 168–169; cf. aussi supra, n. 397.

moins lorsqu'elle est possible, un prélude indispensable au succès de toute action en dommages-intérêts ou en restitution de l'indû⁴²¹ fondée sur la fausseté du jugement. Quant à savoir si, comme le suggère H. Casanova⁴²², cette conclusion implique une limitation de la liberté des législateurs cantonaux en matière de revision, c'est une autre question, qui sera abordée dans la troisième partie de ce travail.

Une fois passé le cap du rescindant, le régime des allégations, des preuves et des conclusions nouvelles obéit, dans la règle, aux dispositions applicables en procédure ordinaire. Le droit de la revision n'apporte le plus souvent aucune précision sur ce point.

Pour les uns, la revision ne peut servir de prétexte à une extension ou à une modification de l'objet du litige; complétée exclusivement par les nova mentionnés dans l'ouverture à revision, la matière litigieuse est présentée à nouveau telle quelle au juge du fond⁴²³. A priori, ce point de vue paraît conforme à la volonté du législateur, lorsque celui-ci a choisi de coupler le jugement rescindant et le jugement rescisoire.

Pour les autres, les parties conservent la faculté d'enrichir la contestation d'éléments nouveaux, comme elles auraient pu le faire jusqu'au prononcé du jugement attaqué⁴²⁴. Dans cette optique, le rescisoire peut déborder les limites du litige originaire sur tous les plans.

Théoriquement, la seconde option diverge de la première en ce qu'elle permet aux parties d'alléguer et de prouver des faits touchés par la forclusion. Cet écart se réduit toutefois à des proportions étroites: la plupart des auteurs favorables à l'admission des nova précisent en effet que les actes et omissions touchés par la forclusion ne peuvent être tolérés au stade du rescisoire que si la déchéance est la conséquence d'un événement constitutif d'un motif de revision⁴²⁵. Pour le reste, seule est en cause la commodité de l'accès à la justice. L'admission large des nova au rescisoire conduit à une simplification de la procédure, permettant de vider en un seul procès un complexe de prétentions litigieuses nées du même état de fait. A l'inverse, le refus des nova engendre une plus grande clarté dans les relations entre les parties, particulièrement lorsque le système considéré rattache l'autorité de la chose jugée à la création de la litispendance.

421 Comp. BJM 1960 p. 40 ss.; ATF 16 p. 768-769; 79 II 279 i. f.

422 P. 169.

423 Ochler, p. 81-82; Soliva, p. 59.

424 Rust, p. 177 ss.; Rosenberg/Schwab, § 162 IV 3; GVP 1962 N° 33.

425 HP. Marti, p. 77, 80-81; Gilles, Umfang, p. 88-89; Stein/Jonas, n. m. 5 ad § 590 ZPO.

4. *La relation sur le plan temporel*

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, seul le rescindant – revision au sens étroit – mérite un développement dans cette rubrique.

D'après la doctrine unanime⁴²⁶, les faits survenus après le prononcé du jugement attaqué ne sauraient être invoqués à l'appui d'un recours en revision. Il n'y a, à cela, rien que de logique. Pour acquérir une portée générale, le principe de délimitation temporelle doit être rattaché non pas à la date du prononcé du jugement, mais à celle à laquelle le litige opposant les parties est réputé fixé et résolu par l'acte attaquant. C'est du moins ce qu'a laissé entendre le Tribunal fédéral dans un arrêt non publié du 16 octobre 1969, Scheller c. Stoop⁴²⁷. Selon notre haute cour, un fait, survenu après le moment à partir duquel les parties perdent la faculté procédurale de présenter des nova, ne peut être invoqué à l'appui d'une demande en revision. Pour autant qu'il contribue à la naissance d'une prétention nouvelle, celle-ci doit être déduite en justice par voie d'action. A contrario, un fait survenu avant la déchéance du droit aux nova, mais parvenu à la connaissance d'un plaideur après ce moment, n'est pas exclu du domaine de la revision. Une telle exclusion ne saurait résulter que d'une disposition expresse ou implicite, en vertu de laquelle ce fait pourrait néanmoins être invoqué jusqu'au prononcé du jugement, en dérogation à la règle de déchéance ordinaire.

Il se confirme ainsi, d'une part, que la portée temporelle de la chose jugée est fonction de la possibilité offerte aux parties d'invoquer des faits objectivement nouveaux, et d'autre part, que la revision et la chose jugée forment, dans le temps, un couple logique indissociable.

Précisons encore que la délimitation temporelle ainsi tracée ne vaut que pour les faits directement pertinents. De même qu'elle ne modifie pas la cause de la demande, la survenance d'un fait indirectement pertinent, même postérieure à la date déterminante pour la chose jugée, ne suffit pas à faire naître une action nouvelle par rapport au litige déjà tranché⁴²⁸. Cette règle est valable dans toute la mesure où les indices ou faits auxiliaires nouveaux sont invoqués pour démontrer que la cause a été mal jugée. Un exemple clarifiera les idées: supposons qu'une entreprise découvre qu'un client potentiel l'a confondue avec une autre firme. Par rapport à un jugement écartant

426 Guldener, ZPR, p. 531 n. 5; Sträuli/Messmer, n. 4 ad § 293 ZPO; Rust, p. 102ss.; HP, Marti, p. 21; Zweifel, p. 19; Bally, p. 25; Birchmeier, p. 506; Forni, p. 105; Leuch, p. 346; Walder, ZPR, p. 484; Kummer, Grundriss, p. 211.

427 Cité par Forni, p. 100 n. 41; cf. aussi ATF 108 V 171; 73 II 125.

428 Keitel, p. 69.

une demande en radiation de la raison sociale de la maison concurrente, ce fait est indirectement pertinent, car le tribunal a été appelé à se prononcer sur le risque de confusion (article 956 al.2 CO). S'il s'agit en revanche de renouveler une action en dommages-intérêts fondée sur la même disposition, chaque confusion peut faire naître une prétention nouvelle, dont l'exercice ne remet pas en question l'issue du litige précédent.

En bref, les faits indirectement pertinents, ainsi que les preuves, partagent le sort des faits directement pertinents auxquels ils se rattachent, en ce qui concerne l'étendue temporelle de la chose jugée. Aucun obstacle de principe ne s'oppose en conséquence à ce qu'ils soient invoqués à l'appui d'une demande en révision⁴²⁹. Une limitation de cet ordre, là où elle existe, résulte de pures considérations d'opportunité.

Si le jugement porte, dans la règle, sur des faits préexistants, la vie est trop complexe pour qu'il soit toujours possible d'isoler le passé du présent et du futur. Plutôt que de voir son application paralysée par le caractère évolutif d'une situation juridique, le droit de fond tolère, voire impose⁴³⁰ parfois qu'une spéculation intellectuelle tienne lieu de réalité. Une telle projection dans le futur paraît devoir impliquer une extension temporelle de la chose jugée⁴³¹. C'est la raison pour laquelle il est admis, en droit suisse, que le jugement reposant sur un pronostic ne peut être remis en question si une disposition légale ne le prévoit pas. H. Knecht relève toutefois que l'extension de la chose jugée résulte non de la règle autorisant le juge à tenir compte de la situation future, mais de celle qui fixe les conditions auxquelles la modification du jugement peut intervenir. De telles dispositions existent, éparpillées dans la législation fédérale⁴³², et elles mettent en œuvre, chacune dans son domaine et selon ses conditions spécifiques, la possibilité d'une correction du jugement.

Malgré leur disparité, les actions en modification ont en commun de n'être ouvertes que lorsque des faits objectivement nouveaux surviennent, qui font apparaître la situation réelle sensiblement différente de celle que le juge pouvait envisager. Cela signifie d'abord qu'elles concernent une

429 Rust, p. 119–120; HP. Marti, p. 33 ss.; Forni, p. 107, pour les indices, Rust, p. 110–111; Guldener, ZPR, p. 531 n. 5; Sträuli/Messmer, n. 5 ad § 293 ZPO; HP. Marti, p. 28 ss.; Forni, p. 105 ss., pour les preuves.

430 ATF 95 II 262; 86 II 45; P. Wessner, in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 167 ss.; comp. SJZ 1963 p. 58; les parties n'en conservent pas moins la possibilité d'introduire une action partielle. cf. supra, p. 47.

431 Knecht, p. 58, 60 ss.; Guldener, ZPR, p. 379 n. 66, 531 n. 5; K. Otfinger, p. 219; H. Deschenaux/P. Tercier, *la responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982, p. 232.

432 Art. 153, 157, 286, 313 CC; 46 al. 2 CO; 10 LRChF; 36 LJE; 5 LRC, etc.

erreur dans le pronostic, et non pas une erreur sur la situation de fait antérieure au prononcé du jugement (y compris les éléments qui servent de base au pronostic)⁴³³, mais aussi qu'un pronostic erroné ne peut être sanctionné que s'il est démenti par des circonstances imprévisibles; à défaut, l'action en modification pourrait se voir opposer avec succès l'exception de prévisibilité⁴³⁴. Le fait que la loi dispose d'une réserve de modifications (appelée parfois réserve de revision) n'implique pas encore que le recours en revision soit exclu⁴³⁵. Bien que les deux actions contrarient virtuellement l'autorité de la chose jugée, elles assument une fonction différente. L'action en modification est ouverte lorsqu'un fait objectivement nouveau infirme les prévisions du tribunal; le recours en revision peut l'être, notamment, lorsque le pronostic a été faussé par un fait préexistant, révélé, cas échéant, par l'intermédiaire d'un fait indirectement pertinent survenu après coup. Supposons par exemple qu'un expert, commis par le tribunal dans un procès relatif à la réparation du dommage causé par une lésion corporelle, fixe le taux d'invalidité du demandeur à 50%. Le tribunal suit ses conclusions et alloue au demandeur un montant correspondant à cette évaluation. Ultérieurement, l'invalidité régresse dans une large mesure, de façon imprévisible. Le défendeur dispose, pour autant que le jugement l'ait réservée, d'une action en modification. S'il se révèle en revanche que l'expert a été suborné par le demandeur ou si ce dernier avoue par la suite avoir simulé une invalidité inexistante, le défendeur ne pourra rechercher son salut – pour autant que le droit de procédure applicable le permette⁴³⁶ – que dans l'interjection d'un recours en revision. Autrement dit, la règle de démarcation temporelle ordinaire s'applique, ici aussi, dans son principe. Relevons cependant qu'en droit suisse de la responsabilité civile, les modalités de son application s'écartent de la réglementation habituelle: la doctrine⁴³⁷ interprète en effet la jurisprudence⁴³⁸ relative à l'article 46 al. 2 CO⁴³⁹ en ce sens que les tribunaux infé-

433 Knecht, p. 30 ss.; Bühler/Spühler, n. 14 ad art. 157 CC, et les références.

434 Knecht, p. 33; ATF 96 II 303; ce point de vue paraît justifié dans le domaine de la responsabilité civile (A. Bussy, FJS 92 Ia N° 43). En droit de la famille, le Tribunal fédéral se contente d'un écart important entre la réalité et les prévisions du juge, bien qu'il précise que l'action en modification ne doit pas servir à corriger des jugements malheureux, ni à procéder à un réexamen des décisions prises par le juge du divorce; ATF 100 II 78; Kehl, N° 70-76; plus souple: ATF 109 II 2-3.

435 K. Otfinger, p. 223.

436 Comp. pour deux cas voisins: ATF 86 II 386; 99 V 191.

437 K. Otfinger, p. 173-174; P. Wessner, in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 161; P. Zen-Ruffinen, in *Hommage (...)*, p. 148; E. Stark, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zurich 1982, p. 45; cf. aussi AGVE 1960 p. 33 ss.

438 ATF 99 II 216; 77 II 153; 66 II 177; 52 II 262; 36 II 97; 31 II 287.

439 K. Otfinger, p. 174, estime que le principe déborde le contexte des lésions corporelles et vaut pour tout le droit de la responsabilité civile; cf. aussi M. Keller/V. Landmann, *Haftpflichtrecht*, 2^e éd., Zürich 1980, table 69.

rieurs, autorisés en principe à apprécier des nova, sont tenus de prendre en considération tous les faits nouveaux survenant jusqu'à la date du jugement. Si les arrêts fédéraux invoqués à l'appui de ce point de vue ne sont pas aussi catégoriques qu'il y paraît à la lecture de leurs exégètes⁴⁴⁰, la solution suggérée par ceux-ci paraît tout de même la plus satisfaisante en pratique. Elle s'applique aussi, dans une large mesure, en droit matrimonial et en droit de la famille⁴⁴¹.

Il arrive enfin qu'un jugement repose sur une spéculation relative à un fait futur étranger à la cause de la demande. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'une autorité se déclare incompétente en partant de l'idée que la cause doit être portée devant une autre juridiction. Une telle éventualité ne ressortit pas au domaine de la revision mais plutôt, à notre avis, à celui de l'action ordinaire, le renouvellement de la demande ne se heurtant pas à l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence n'en a pas moins admis, ici ou là⁴⁴², la revision d'un jugement d'incompétence qui était à la source d'un conflit de compétence négatif. Le raisonnement se justifie, tout au moins par la raison pratique, lorsque le droit déduit en justice est frappé de déchéance au moment où l'hypothèse admise par le juge est démentie par les faits.

Les remarques qui précèdent ont fait ressortir le lien indirect unissant la revision au sens étroit et l'autorité de la chose jugée. La revision a sa place là où l'autorité de la chose jugée ferait obstacle à l'exercice d'une action nouvelle, mais la première n'atteint virtuellement la seconde qu'à travers la force de chose jugée. Les domaines de l'une et de l'autre ne se recouvrent pourtant pas parfaitement. Celui de la revision est limité par les ouvertures énoncées par la loi. Exceptionnellement, il peut arriver qu'il déborde de celui de la chose jugée sur les plans subjectif et objectif, voire temporel. Inversément, on peut concevoir un double emploi accidentel de la revision et de l'action au fond, dû à une sanction imparfaite de l'autorité de la chose jugée. Il peut en être ainsi soit lorsque le respect d'office n'est pas assuré par ignorance, soit lorsque le défendeur ne peut ou ne veut invoquer l'exception de chose jugée, là où le droit de procédure applicable ne prévoit pas la sanction d'office.

440 Voir SJ 1954 p. 501; 1949 p. 556; JT 1943 I 454-455; comp. d'autre part ATF 77 II 153 et 108 V 171.

441 Böhler/Spühler, n. 189 ad art. 157, n. 71 ss. ad art. 158 CC; Guldener, ZPR, p. 392 n. 123, 566 n. 29; JT 1984 III 21.

442 Binder, p. 93-94; comp. ATF 81 I 350 et BlzR 32 N° 58.

II. Partie spéciale

1. La revision dans le contexte du droit judiciaire privé neuchâtelois

1. *Le principe d'immutabilité et ses limites*

La revision est une voie de recours extraordinaire en droit neuchâtelois. A vrai dire, la procédure civile neuchâteloise fait des recours extraordinaires – au sens habituel du terme – la règle, et de l'appel, limité aux affaires matrimoniales, l'exception. D'une manière générale, les recours extraordinaires sont subsidiaires par rapport aux recours ordinaires. Cependant, la règle de subsidiarité n'a de sens que si les voies de droit entrant en considération se recouvrent, c'est-à-dire permettent la correction du même vice¹. Le concours imparfait justifie tout au plus une règle de préséance, qui peut éventuellement priver le recours sur lequel il doit être statué en second lieu de son objet.

Pour déterminer la mesure dans laquelle un concours parfait peut être envisagé, il faut se rappeler que les ouvertures à revision du droit neuchâtelois comptent toutes parmi les ouvertures typiques caractérisées par l'apport d'un fait nouveau ou d'une preuve nouvelle. On peut certes concevoir qu'une fraude de l'adversaire, consistant par exemple en un acte de corruption, entraîne le juge à violer la loi. Le motif de revision n'en est pas moins constitué par le fait qu'il y a eu fraude, et non pas par la violation de la loi. Ce sont donc les diverses possibilités d'apporter un complément de fait ou de preuve, en cours d'instance ou après la clôture de celle-ci, qui révéleront l'éventualité d'un concours².

Le Code de procédure civile neuchâtelois consacre le principe d'immutabilité³. L'article 160 al.2 CPCN prévoit en effet que la litispendance empêche le demandeur de retirer sa demande et d'amplifier ultérieurement ses conclusions ou d'en changer la nature sans le consentement du

¹ Sur les effets possibles des règles de subsidiarité, cf. Schüpbach, cassation, p. 187.

² On peut objecter, il est vrai, que le droit à la revision ne prend naissance que lors du prononcé du jugement, puisque le motif de revision doit avoir influé sur son dispositif, d'où l'impossibilité d'un véritable concours, tant que le jugement n'est pas rendu. Dans cette optique, les relations entre les moyens de prévention et la revision devraient être examinées exclusivement à la lumière du devoir de diligence incombant aux plaideurs. En fait, la question du concours est liée à celle du devoir de diligence. Seule sera envisagée ici la possibilité objective d'un recoupement – le concours – entre plusieurs moyens de faire valoir le même fait ou la même preuve.

³ RJN 2 I 161.

défendeur, sous réserve des cas de désistement, d'aliénation de la chose litigieuse et de réforme. Prise à la lettre, cette disposition ne concerne que la chose demandée, et non pas la cause de la demande. La jurisprudence lui a toutefois donné une extension logique au regard de la portée temporelle de la chose jugée: les parties doivent présenter leurs allégués de fait dans leurs exploits de demande et de réponse⁴, ce qui entraîne une cristallisation du litige à la date de l'introduction de l'instance⁵. Cette règle de base doit être mise en parallèle avec ses corollaires: pour pouvoir être prouvé, un fait doit avoir été allégué⁶; le fait qui n'a pas été allégué doit être tenu pour inexistant⁷.

A en croire les vues étroites de la jurisprudence, la réplique et la duplique ne sauraient être le siège d'allégations nouvelles. Le code actuel ne contient certes plus – sous réserve de la procédure orale – une disposition comparable à l'article 191 CPCN 1876 ou à l'article 186 CPCN 1906, qui autorisaient les parties à présenter des faits nouveaux lors de la première audience d'instruction, mais ceux-ci ont précisément été remplacés par la section relative à la réplique et à la duplique⁸. On peut d'ailleurs se demander à quoi serviraient une réplique et une duplique qui ne contiendraient aucun élément nouveau par rapport aux exploits de demande et de réponse. Une chose paraît certaine: le principe d'immutabilité fait obstacle à ce que les exploits de réplique et de duplique contiennent des allégations relatives à des faits survenus après introduction de l'instance⁹. Pour le reste, la jurisprudence nous semble devoir être comprise en ce sens que les mémoires complémentaires ne doivent pas permettre une modification de l'objet du litige. Ce cadre s'harmonise avec celui qu'elle a posé en ce qui concerne l'extension dont est susceptible la notion de fait: l'allégation d'un fait vaut pour tous les faits qui normalement sont liés à ce fait¹⁰. En bref, la réplique et la duplique permettent l'allégation de faits qui se rattachent à la cause de la demande. Ces exploits ont une fonction de précision, de complément, voire de correction. Supposons par exemple une demande tendant au remboursement d'un prêt de 9000 francs. Le défendeur allègue que le montant réclamé a été restitué au demandeur. Ce dernier pourra répliquer en affirmant que la somme lui a été versée en exécution d'une convention sans rapport avec le prêt, mais non pas en soutenant que, de toute manière, les 9000 francs sont dus à un autre titre.

4 RJN 6 I 7; 5 I 16; I I 212; ATC VI 408; VIII 460-461, 484; CCC V 523 ss.

5 RJN 5 I 143 ss.

6 Art. 212 CPCN; RJN I I 242.

7 RJN 6 I 7, et les références.

8 BGC 90 p. 279; cf. toutefois RJN I I 212.

9 Cf. RJN 5 I 148-149.

10 RJN 6 I 340; comp. ATF 98 II 117-118.

Le principe d'immutabilité connaît des tempéraments légaux et jurisprudentiels.

Il ne s'applique pas, en premier lieu, quand le tribunal est tenu de prendre d'office en considération des faits pertinents pour l'issue du litige. Il en est ainsi lorsque l'ordre public est en cause¹¹ et dans toute la mesure où le droit fédéral impose le respect de ce qu'il est convenu d'appeler la maxime d'office.

De même, les règles de droit fédéral prévoyant que la situation litigieuse est arrêtée à la date du jugement priment les dispositions cantonales contraires. Ici, comme lorsque la «maxime d'office» s'applique, la chose jugée se rattache temporellement à la date du jugement.

Le Code de procédure réserve ensuite l'hypothèse d'un désistement. Celui-ci se rapporte en première ligne aux conclusions, mais il peut être motivé par des faits, survenus en cours d'instance, de nature à influencer sur le calcul des frais et dépens¹².

Par ailleurs, l'article 161 CPCN dispose qu'en cas d'aliénation de la chose litigieuse par l'une des parties après l'introduction de l'instance, l'autre partie a le droit, soit d'intenter la demande contre le tiers acquéreur en abandonnant le procès contre l'aliénateur, soit de convertir sa demande contre l'aliénateur en une action en dommages-intérêts. Le caractère boiteux de l'article 161 CPCN est évident. Cette disposition réserve une faculté aux parties, mais n'envisage expressément que l'éventualité d'une aliénation par le défendeur. Après avoir oscillé, la jurisprudence paraît ainsi fixée¹³ que la substitution de partie, si elle fait suite à l'aliénation de la chose ou à la cession de la créance litigieuse par le demandeur, est admissible en cours de procès. La proposition inverse entraînerait des conséquences peu rationnelles. On peut en dire autant de situations comparables, dans lesquelles les tribunaux neuchâtelois ont jugé opportun de tenir compte d'un fait nouveau, tel que la radiation d'une société anonyme¹⁴, la réalisation des conditions de la compensation¹⁵, ou encore l'acquisition de la prescription en

11 RJN I 1 212; CCC V 523 ss.

12 CCC VI 44, 266-267.

13 ATC non publié du 2 février 1970, C. c. M: RJN 6 I 441 ss.

14 ATC VIII 281.

15 CCC VI 266-267.

cours d'instance^{16, 17}. Certains écarts par rapport à la règle ordinaire paraissent plus surprenants, lorsque la prise en considération d'une évolution postérieure à l'introduction de la demande n'obéit à aucun besoin impérieux: alors qu'une situation de concubinage ne durait que depuis quatre mois lors de l'ouverture d'une action en modification du jugement de divorce à caractère purement patrimonial, le Tribunal cantonal a raisonné sur la base de l'état de fait existant au moment du jugement, soit d'une vie commune de 18 mois¹⁸. De telles exceptions à la règle sont accidentelles; elles ne la remettent pas en cause.

La loi réserve enfin la réforme, instrument qui permet à une partie de se restituer des actes instruits par elle, jusqu'à la clôture des débats en première instance¹⁹. La réforme anéantit toutes les opérations postérieures à l'acte qu'elle annule, y compris celles de la partie adverse et du juge²⁰, dans les limites de l'article 81 CPCN, dont les alinéas 2 et 3 disposent: «toutefois, les aveux judiciaires et les constatations faites dans un procès-verbal de visite des lieux conservent leur force. Il en est de même des dépositions de témoins et des rapports d'expertise, pour autant qu'il n'est pas proposé et admis, dans la nouvelle procédure, des moyens qui auraient été de nature à empêcher l'accomplissement de ces actes». L'acquiescement, le désistement d'action et la transaction ne sauraient être annulés par la réforme, car la loi les assimile à un jugement²¹. La réforme d'un acte tardif ne supprime pas le retard²², mais rien n'empêche une partie de faire usage de la réforme afin de se procurer d'autorité privée la restitution d'un délai péremptoire qu'elle a laissé expirer sans agir²³. Encore faut-il pour cela qu'elle ait instruit un acte (celui dont elle se réformera) antérieur au point de départ du délai qu'elle a laissé écouler. Il n'est donc pas possible de «rattraper» par la réforme un moyen préjudiciel ou une réponse tardifs. En revanche, la jurisprudence paraît admettre que la réforme soit utilisée aux fins de convertir une réponse en un moyen préjudiciel²⁴.

16 RJN 3 I 26ss.

17 Pour d'autres exemples, cf. RJN 5 I 168; 6 I 292.

18 ATC non publié du 3 novembre 1980. B. c. B.; cf. ATF 107 II 297ss.; comp. ATF 109 II 191 i.m.

19 RJN 2 I 107ss.; I I 243-244.

20 Cf. toutefois RJN 5 I 166ss.; la réforme ne met pas à néant une ordonnance de mesures provisoires fondée sur l'art. 145 CC.

21 CCC V 470.

22 CCC VI 232; V 303.

23 RJN 7 I 212; CCC VI 233-234.

24 CCC V 305.

Lorsqu'elle porte sur la demande, la réforme correspond à un désistement d'instance, si elle n'est pas suivie, dans les trois jours, du dépôt d'une nouvelle demande. Dans ce cas, la nouvelle demande, corrigée, sera recevable, la litispendance étant créée à nouveau au jour de son dépôt. Si celui-ci n'intervient pas dans les trois mois qui suivent la réforme, le demandeur est réputé avoir renoncé à sa prétention²⁵. Enfin, l'introduction d'une nouvelle demande dans les trois jours suivant la signification de la réforme laisse subsister l'instance originaire, ce qui permet au demandeur d'éviter une péremption éventuelle²⁶.

L'admissibilité de la réforme n'étant assujettie à aucun motif particulier, les plaideurs sont libres d'utiliser l'instrument aux fins les plus diverses, et en particulier de s'en servir pour modifier l'objet et la cause de la demande: «la réforme a précisément pour but de réparer les erreurs et les omissions, de compléter ce qui était incomplet, de mettre au point ce qui ne l'était pas»²⁷. Elle permet aussi aux parties d'échapper aux conséquences rigoureuses de la forclusion des faits non allégués. La jurisprudence a logiquement admis qu'un plaideur y recoure pour introduire au dossier un fait découvert après l'entrée en litispendance²⁸. La Cour de cassation a même jugé que lorsqu'une nouvelle demande est introduite dans les trois jours à compter de la signification de la réforme, elle peut être appréciée sur la base de la situation de fait existant lors de cette signification²⁹. La motivation de l'arrêt, brève et péremptoire, n'en est pas convaincante pour autant. Un fait ne peut être couvert par la portée objective et temporelle de la chose jugée, tout en ne l'étant pas. Du moment que le juge est autorisé à prendre en considération les faits nouveaux invoqués par voie de réforme, force est d'admettre, en ce qui les concerne, une rupture de principe d'immutabilité. Si l'on se rappelle d'autre part que la forclusion des faits non allégués s'étend aux faits connus ou non des parties, qui se rattachent à la prétention esquissée par la demande, dans les limites temporelles de la chose jugée, on peut être tenté d'argumenter ainsi: étant donné la possibilité objective qui lui était offerte de se réformer, un plaideur vaincu doit être déclaré forclos du droit d'invoquer ultérieurement tout fait propre à fonder les conclusions, qui serait survenu avant la date jusqu'à laquelle la possibilité de se réformer lui était ouverte. Les conséquences aberrantes d'un tel raisonnement sautent aux yeux: l'article 160 CPCN se trouverait vidé de sa substance, le rattache-

25 Art. 83 CPCN; les art. 139 ss. CPCN sont réservés.

26 BGC 70 p. 19.

27 CCC V 305.

28 ATC VIII 460-461; cf. aussi RJN I 1 243.

29 CCC V 568 ss.

ment temporel de la chose jugée étant reporté automatiquement à la clôture des débats, chaque fois qu'une partie n'aurait pas utilisé la faculté offerte par l'article 77 CPCN. Il convient de s'inspirer, pour résoudre ce hiatus temporel, du principe applicable sur le plan objectif: la simple faculté de se réformer n'engendre aucune extension objective de la chose jugée. Le principe inverse contrarierait en effet la libre disposition des parties sur leur droit, consacrée par le droit de fond. L'utilisation effective de la réforme, en revanche, peut avoir une telle conséquence. Exemple: le demandeur en dommages-intérêts réclame d'abord la réparation de son dommage matériel. Après s'être réformé de sa demande, il conclut, de surcroît, à une indemnité pour tort moral. Appliquée sur le plan temporel, cette règle revient à laisser les parties maîtresses du rattachement temporel de la chose jugée. Cette suggestion n'est pas sans rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'identité objective de deux demandes en divorce successives³⁰. Elle nous paraît devoir être retenue pour des raisons de sécurité: si l'on se refuse à méconnaître complètement le principe d'immutabilité, par un report automatique du rattachement temporel de la chose jugée à la clôture des débats, seul entrerait encore en ligne de compte un rattachement prenant en considération la possibilité effective qu'avait une partie de se réformer. Autrement dit, la portée temporelle de la chose jugée serait toujours incertaine. Une telle solution serait peu compatible avec l'essence de l'autorité de la chose jugée, agent de clarté et de sécurité. En bref, les articles 77 ss. CPCN n'ont pas pour effet de conférer à l'autorité de la chose jugée des contours virtuels.

La procédure orale obéit à une réglementation moins stricte que la procédure écrite: les parties peuvent modifier l'objet du litige jusqu'à ce que leurs conclusions aient été inscrites au procès-verbal dressé lors de la première audience d'instruction, quand bien même l'instance est introduite antérieurement, par la remise de l'exploit de citation au président du tribunal. Quant aux allégations nouvelles, elles sont admissibles jusqu'à la clôture de l'administration des preuves³¹.

Passé le stade des allégations, l'administration des preuves ne peut porter que sur des faits valablement allégués, s'ils ont été contestés et si le tribunal n'est pas tenu de les prendre en considération d'office. Il n'existe, à cet égard, aucune limitation temporelle autre que les délais prévus par le

30 Cf. supra, p. 56-57 et infra, p. 186 ss.

31 RJN 5 I 138-139, et les références.

Code de procédure. L'article 212 al.3 CPCN 1876 permettait à une partie d'obtenir un complément de preuve lorsqu'elle établissait avoir été privée sans sa faute de la faculté d'invoquer un moyen de preuve en temps utile. Cette faculté a disparu³². Plus précisément, elle a été réduite à une formalité, en ce sens que le dédoublement des états de preuves est devenu la règle, mais qu'à l'échéance du délai complémentaire, les plaideurs sont déchus du droit de démontrer qu'ils se sont trouvés sans faute dans l'impossibilité de proposer telle preuve³³, sous réserve de la réforme, du relief et du consentement de la partie adverse. Le juge conserve certes le pouvoir de faire administrer d'office les preuves qui lui paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité, dans le cadre des allégations contestées³⁴; cette prérogative n'implique toutefois pas un abandon du principe traditionnel en vertu duquel chaque partie instruit sa cause sous sa propre responsabilité et ne saurait faire grief au juge ne n'avoir pas ordonné d'office un complément de preuve³⁵.

Une partie peut-elle établir l'existence d'un motif de revision dans le cadre de la procédure probatoire ordinaire? Reprenons l'exemple du vacher pyromane. Si le fermier allègue que son employé a mis le feu à la grange, cette affirmation contient celle des détails de l'opération. Un allégué spécifique relatif à chacun des stades de la mise à feu n'est pas nécessaire. Supposons maintenant que, convaincu à juste titre de ce que l'employé est l'auteur du sinistre, le fermier dispose à proximité des décombres un sac notoirement connu pour appartenir au vacher, après l'avoir rempli d'allume-feu, puis prenne soin de le «découvrir» en présence d'un témoin. L'indice constitué par la découverte du sac est encore contenu dans l'allégation générale selon laquelle le vacher a incendié la grange. En revanche, le fait que le fermier s'est rendu coupable d'une machination frauduleuse n'est pas compris dans l'allégué par lequel l'employé se défend de toute participation à l'incendie. Il l'est encore moins dans la seule contestation des faits allégués par le demandeur. La preuve d'une machination frauduleuse ne se confond pas avec celle du fait auquel le dol se rapporte. Pourtant, le Code de procédure admet lui-même une différence de niveau de cet ordre, en matière de témoignage; l'article 224 CPCN dispose en effet: «s'il existe des faits qui soient de nature à diminuer la crédibilité d'un témoin (...), les parties peuvent signaler ces faits et en établir sommairement l'existence». Cette disposition est renforcée par l'article 245 CPCN, qui autorise le juge à ordonner

32 Comp. CCC III 298.

33 BGC 70 p. 50.

34 Art. 69 al.2 CPCN.

35 RJN 6 I 132; 5 I 141; CCC VI 318; V 526-527.

l'arrestation immédiate du coupable présumé, s'il s'élève de fortes présomptions de faux témoignage ou de subornation de témoin pendant le cours des dépositions. Si l'on réserve l'incident de faux, qui obéit à une procédure spéciale, seul l'article 291 CPCN paraît s'opposer à ce que le principe qui sous-tend l'article 224 CPCN soit étendu aux preuves utiles à la démonstration requise par l'article 403 CPCN: lorsque le serment décisive a été prêté, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté en cours de procédure. Il serait pourtant singulier qu'un plaideur en possession d'un jugement condamnant son adversaire pour faux serment doive attendre le prononcé du jugement à rendre pour se pourvoir aussitôt en revision. L'article 291 CPCN doit plutôt être compris en ce sens que la fausseté du serment ne peut être établie que par une condamnation pénale³⁶. Dès lors, l'article 224 CPCN peut être appliqué, mutatis mutandis, lorsque la cause de revision consiste dans une remise en question des preuves administrées. Signalons toutefois que la machination frauduleuse de l'article 403 ch.4 CPCN ne porte pas nécessairement sur une preuve.

En résumé, le droit judiciaire privé neuchâtelois ne tolère qu'à des conditions précises l'introduction de faits nouveaux et de preuves nouvelles à la procédure, passée la phase de l'instance réservée à l'allégation des faits, d'une part, à l'invocation des preuves, d'autre part. Il est temps d'examiner les hypothèses dans lesquelles un concours est envisageable, avant et après le prononcé du jugement.

II. *La revision, les autres recours et les moyens apparentés au droit neuchâtelois*

1. *La réforme*

La réforme a tardé à se distinguer clairement de la revision. Le droit coutumier désignait par l'expression «relief de sentence» tout à la fois l'ancêtre du recours en revision et un appendice de la réforme (appelé relief de procédure), qui permettait à un plaideur maladroit d'obtenir la restitution d'un jugement qui lui faisait grief³⁷. Le CPCN de 1876 colloquait encore la réforme et le relief de délai parmi les voies de recours, curiosité qui a disparu en 1906³⁸.

36 Joly, N^{os} 118, 122; cf. toutefois Extraits, 1954 p. 175 ss.

37 Ostervald, p. 445-446.

38 BGC 70 p. 19.

Le droit de se réformer s'éteint à la clôture des débats. Le Tribunal cantonal a clairement laissé entendre, à plusieurs reprises, que les parties à un procès en divorce ou en séparation de corps n'étaient pas recevables à solliciter un complément de preuve, au sens de l'article 386 CPCN, en vue de prouver des faits qui n'auraient pas été allégués en première instance: «si les faits allégués ce jour à la barre avaient été découverts avant le jugement du Tribunal de district, ils auraient pu motiver une réforme du demandeur afin de pouvoir être régulièrement versés aux débats»³⁹.

Dans cette limite temporelle, la réforme est donc considérée comme la voie primaire, normale, à suivre pour introduire au procès un élément objectivement ou subjectivement nouveau. Tout porte ainsi à croire que la découverte, en cours d'instance, d'une circonstance propre à justifier la revision du jugement à rendre, doit être invoquée par voie de réforme, si elle ne peut l'être dans le cadre de l'administration des preuves ou d'une autre manière, ce qui reste à déterminer.

2. *Le relief de délai*

L'expiration d'un délai péremptoire entraîne la déchéance du droit d'accomplir l'acte qui devait l'être dans ce délai (art. 139 CPCN). L'omission d'un acte peut influencer sur la teneur du jugement à rendre; elle peut résulter d'une manœuvre frauduleuse. Un concours est donc possible.

L'article 140 lit. b CPCN dispose que le relief ne peut être accordé que si la partie justifie qu'elle ne peut ni se réformer, ni recourir en cassation, ni obtenir le relief de plein droit, en cas de défaut. La règle de subsidiarité ne mentionne pas le recours en revision, de sorte que la partie déchue devrait théoriquement pouvoir choisir entre le relief et le recours en revision. Cependant, le plaideur qui assiste à l'audience de jugement sans avoir sollicité le relief est réputé accepter les conséquences de son inaction forcée⁴⁰. Dans ces conditions, le relief d'une déchéance encourue en cours d'instance est en relation de priorité exclusive par rapport au recours en revision.

De même que la faculté de se réformer s'épuise par le premier usage, le relief ne peut être accordé deux fois à une même partie au cours d'une même instance. L'éventualité d'un concours disparaît avec l'octroi du relief.

39
40

ATC VIII 460-461, mainte fois cité dans des jugements ultérieurs.
Art. 141 al. 2 CPCN.

Les manœuvres frauduleuses éventuelles qui auraient pour effet une omission de recourir en temps utile ne sauraient influencer sur la teneur du jugement attaqué par le recours considéré. En revanche, elles peuvent exercer une influence décisive sur la décision de l'autorité de recours. Si la partie lésée s'est purement et simplement abstenue de recourir, elle ne saurait solliciter que le relief. Il en va de même si son recours est tardif et si elle en est consciente. Néanmoins, la fraude peut être ainsi réalisée qu'elle prive le recourant de la conscience de son retard. Exemple: suite à l'intervention de l'intimé, l'apprentie de l'étude chargée de la rédaction du recours ne consigne celui-ci à la poste que le lendemain de l'échéance du délai. Dans ce cas, le relief est encore prioritaire. L'interjection d'une demande en revision ne peut faire qu'un recours exercé tardivement l'ait été en temps utile. Il y a lieu à revision, en revanche, et non à relief, lorsque l'autorité a considéré à tort que le recours était tardif⁴¹.

3. *Le relief de défaut*

Lorsqu'une partie régulièrement assignée à l'audience, ou tenue de s'y présenter, ne comparait pas, il y a deux possibilités: soit la partie qui a comparu signifie le défaut, soit elle s'en abstient.

Si le défaut n'est pas signifié dans le délai légal, le procès reste en suspens. S'il a été passé outre aux opérations pour lesquelles l'audience avait été fixée, ces opérations sont nulles⁴².

Si le défaut est signifié, le défaillant peut s'en relever; la procédure reprend son cours normal. Faute de signification du relief dans le délai légal, la partie défaillante est exclue de la procédure. Lorsqu'elle survient après la clôture de la procédure probatoire, cette exclusion n'a guère d'influence sur l'issue du litige, car les tribunaux appliquent le droit d'office⁴³. Il n'en va pas de même si le défaillant est privé de la faculté d'alléguer et de prouver des faits de nature à lui donner gain de cause.

Dans tous les cas, les dispositions relatives à la restitution des délais s'appliquent, de sorte que les remarques formulées dans la section précédente sont valables, sous réserve des précisions suivantes:

Lorsque l'empêchement prévu par l'article 141 CPCN cesse avant la clôture des débats, le défaillant dispose non seulement de la faculté de

41 Sur la possibilité d'obtenir la revision d'une décision déclarant un recours irrecevable, cf. infra, p. 170.

42 Art. 345 al. 2 CPCN; comp. art. 348 al. 2 CPC 1906; BGC 70 p. 126 (art. 346 al. 2), 247ss., 253.

43 RJN 6 I 178ss.

solliciter le relief du délai de relief, mais encore de celle de se réformer. Il peut paraître étrange que l'on puisse se réformer après avoir été exclu de la procédure, mais la Cour de cassation en a jugé ainsi le 6 septembre 1978⁴⁴. Mieux que cela, la réforme exclut la restitution du délai de relief. En bref, le recours en revision n'entre en considération que si le défaillant n'a été en mesure ni de se réformer – soit qu'il n'ait instruit aucun acte, soit qu'il se soit déjà réformé –, ni de solliciter la restitution du délai de relief.

Lorsque l'empêchement cesse après le jugement, la partie défaillante est-elle tenue de demander la restitution du délai de relief plutôt que la revision du jugement? Selon la jurisprudence⁴⁵, la possibilité lui en est offerte, mais elle n'en a pas l'obligation. Un plaideur jugé par défaut n'est privé ni du droit d'appeler⁴⁶, ni de celui de se pourvoir en cassation⁴⁷, ni de celui de solliciter la revision du jugement. Si l'on remonte, comme la Cour de cassation, jusqu'à l'article 350 CPCN 1876, on s'aperçoit que la revision devrait être subsidiaire par rapport au relief. Pourtant, le Tribunal cantonal en a décidé autrement le 28 juillet 1906⁴⁸. Ainsi, un jugement rendu par défaut peut être remis en question par la voie du relief et de la revision, au choix du plaideur défaillant.

4. *L'incident, en particulier l'inscription en faux*

La partie qui veut faire reconnaître qu'une pièce invoquée au procès est entachée de faux matériel est tenue de s'inscrire en faux contre l'acte, avant la clôture de la procédure, en procédant selon les règles prescrites pour les incidents. Les articles 273 ss. CPCN d'une part, 403 ch.2 CPCN d'autre part, constituent la seule illustration d'une véritable continuité entre la procédure principale et la revision. L'incident de faux déploie un effet préventif, la revision un effet curatif. Comme on l'a constaté dans les développements qui précèdent, le Code de procédure n'offre que des possibilités restreintes de prévenir le prononcé d'un jugement vicié par un motif de revision. Faut-il en déduire qu'une partie en est réduite, selon les circonstances, à attendre que le tribunal rende le jugement pour pouvoir entreprendre celui-ci par voie de revision? Certains l'admettent⁴⁹. Cela paraît aussi ressortir

44 RJN 7 I 212.

45 RJN 5 I 83; CCC VI 234.

46 ATC VIII 548 ss.

47 RJN 3 I 227; CCC V 272 ss.

48 ATC VII 73-74.

49 Cf. art. 138 OJF, dernière proposition a contrario; Birchmeier, p. 508, 509; ATF 59 II 193; Soliva, p. 51; voir aussi Briner, revision, p. 292; comp. Anastasi, p. 231-232; NJW 1963 p. 1866.

implicitement des lois qui disposent que le délai de recours ne commence à courir, au plus tôt, qu'avec l'entrée en force du jugement attaqué⁵⁰. Pourtant, un tel rigorisme entraîne des conséquences peu économiques, aléatoires, voire absurdes⁵¹:

- peu économiques, parce que l'appareil judiciaire pourrait être amené à fonctionner, en toute conscience, sur des bases incomplètes ou fausses;
- aléatoires, parce que la situation procédurale des plaideurs dépendrait de facteurs circonstanciels, tel l'épuisement de la faculté de se réformer;
- absurdes, parce que le délai de recours pourrait théoriquement arriver à échéance avant même que le jugement soit rendu.

Le législateur n'a raisonnablement pas pu vouloir qu'il en soit ainsi, même si l'on admet que le délai de recours ne court, au plus tôt, que dès la notification du jugement attaqué⁵². Les parties doivent avoir la possibilité de se prévaloir, en cours d'instance, d'une circonstance propre à fonder la révision du jugement à prononcer. Les articles 273 ss. CPCN fournissent les bases sur lesquelles doit être comblée cette lacune. Si le motif de révision ne peut être invoqué utilement dans le cadre de l'administration des preuves, les parties peuvent soulever un incident tendant à obtenir l'autorisation d'établir ce motif⁵³. Elles ne sont pas tenues de se réformer, à moins qu'elles n'entendent amplifier leurs conclusions, en changer la nature ou modifier la cause de la demande⁵⁴. Les conséquences peu satisfaisantes de cette dernière éventualité tiennent au fait que la partie qui se réforme se prive de la faculté de le faire à nouveau, et qu'elle est tenue de tous les dépens, comme si elle avait été condamnée. Il est vrai, sur ce dernier point, que le juge peut tenir compte du caractère abusif d'une réforme en statuant sur les faits et dépens. Cela devrait lui permettre, a contrario, de prendre en considération les manœuvres déloyales dont la partie contrainte de se réformer a été victime.

L'incident de faux n'est possible que jusqu'à la clôture de la procédure, c'est-à-dire la clôture de l'administration des preuves⁵⁵. Cette disposition a sa raison d'être dans la mesure où le faux matériel est censé éveiller les soupçons du plaideur requérant dès la consultation de la pièce déposée. La révision présuppose au contraire un vice occulte. Il serait donc peu rai-

50 Cf. par exemple art. 290 al. 1 UR; § 216 al. 3 ZG; § 586 al. 1 RFA.

51 Dans le même sens, Schmid, p. 84.

52 Cf. infra, p. 192-193.

53 Comp. CCC V 480.

54 RJN 3 I 29-30; RJN 7 I 375.

55 Art. 273 et 317 CPCN; RJN 6 I 457 ss.

sonnable à notre avis d'opposer au requérant la limite temporelle de l'article 273 CPCN, lorsqu'une ouverture à revision potentielle est en cause.

L'incident et la réforme ne sont d'aucun secours au plaideur qui entend s'en prendre au dispositif d'un jugement intermédiaire ou incident. Seul entre alors en considération le recours en revision lui-même.

5. *L'appel*

Le Tribunal cantonal a défini la revision comme un recours visant la reprise d'un procès terminé «par un jugement passé en force de chose jugée». Faut-il en conclure que la revision est une voie de recours subsidiaire par rapport à l'appel? La réponse dépend de l'étendue du droit aux nova en appel.

La jurisprudence a développé une conception restrictive du complément d'instruction au sens de l'article 386 lit. b CPCN, qui ne saurait être compris comme un succédané de la réforme⁵⁶. Le complément d'instruction se limite donc aux preuves des faits allégués en première instance et de ceux que le Tribunal cantonal doit examiner d'office. En conséquence, l'appel ne permet que dans une mesure relative l'apport de preuves propres à fonder la revision du jugement de première instance. Lorsqu'une telle preuve ne peut être administrée dans le cadre normal du procès en appel, il n'y a aucune raison de dilater ce cadre pour y incorporer des griefs sur lesquels le Tribunal cantonal n'a pas à se pencher en principe⁵⁷. La nécessité de tirer de la loi une règle de subsidiarité qu'elle n'énonce pas ne s'impose pas plus en cas de concours parfait. Au contraire. Il est normal que les hypothèses envisagées par l'article 403 CPCN soient examinées en priorité par le juge du fait. De plus, la subsidiarité de la revision engendrerait pour la partie lésée la perte d'un degré de juridiction, ce que ne justifie aucun intérêt supérieur.

L'appel et le recours en revision sont parfaitement indépendants. Une fois l'appel interjeté, en revanche, la revision n'est plus possible que contre le jugement du Tribunal cantonal, dans la mesure de l'effet dévolutif conféré à l'appel. Le droit cantonal ne contient en effet aucune disposition comparable à l'article 138 OJF. Par identité de motifs, il convient d'appliquer le raisonnement analogique proposé dans la section précédente, lorsque le motif de revision se révèle en cours d'instance d'appel.

⁵⁶ RJN I 1 244; ATC VIII 459, 483-484.

⁵⁷ Comp. Guldener, ZPR, p. 509 n. 18; art. 406 CPCN 1876 a contrario.

6. *Le recours en cassation*

«Un même vice n'ouvre jamais simultanément le pourvoi et la demande en revision», écrit H. Schüpbach⁵⁸. C'est exact, si l'on précise que l'événement constitutif d'une ouverture à revision peut se répercuter dans une ouverture à cassation. Ainsi, une collusion entre une partie et le juge peut entraîner ce dernier à violer la loi, à rejeter l'offre de telle preuve importante ou à excéder ses pouvoirs. Un plaideur peut aussi amener frauduleusement son adversaire à procéder en état d'incapacité de discernement sans que le juge réalise ce fait, qu'il doit prendre en considération d'office. Dans tous les cas, le recourant a le choix des armes, dont il peut faire un usage cumulatif, aussi longtemps que l'acte attaquant n'a pas été rétracté ou cassé. Pour H. Schüpbach, il est préférable que la Cour de cassation statue en premier lieu⁵⁹, au motif que les faits nouveaux qui fondent la revision pourront à coup sûr être invoqués devant le juge de renvoi, si le pourvoi est fondé, alors que l'inverse ne serait pas vrai. Nous proposerions plutôt la solution contraire, pour des raisons d'économie: si le recourant obtient ce qu'il désire dans le biais de la procédure de revision, le dossier de cassation peut être classé faute d'objet. En revanche, la préséance du pourvoi implique nécessairement l'examen de la même affaire par deux autorités distinctes.

7. *La demande en interprétation*

Le concours parfait entre la revision et l'interprétation est exclu, car la demande en interprétation ne saurait porter une atteinte, même indirecte, à l'autorité de la chose jugée. En principe, la partie qui se sent lésée doit, avant d'interjeter un recours qui s'en prend à la substance même du jugement, faire lever l'ambiguïté, l'obscurité ou la contrariété qui en affecte le dispositif, afin qu'elle puisse déterminer la mesure dans laquelle il lui fait grief⁶⁰. Elle peut s'en abstenir lorsque, malgré l'ambiguïté du dispositif, l'intention du juge ressort clairement des motifs du jugement entrepris ou lorsque le grief résulte déjà de la partie compréhensible du dispositif⁶¹.

58 Cassation, p. 189; cf. aussi Rust, p. 21; HP. Marti, p. 50.

59 Cassation, p. 189.

60 Cf. RJN 3 I 86-87.

61 CCC non publié du 4 mars 1980, B. c. B.; CCC VI 136.

8. *La tierce opposition*

L'article 404 CPCN confère à certains tiers un droit de recours qui leur appartient en propre⁶², les protégeant contre une intelligence déloyale des plaideurs. Les parties n'en disposent pas; elles ne peuvent le transmettre. L'ouverture de l'article 403 ch. 4 CPCN suppose une fraude dont la partie lésée est victime, l'article 404 CPCN une collusion dans laquelle elle est impliquée. Les deux voies de recours sont indépendantes, ce qui n'exclut pas qu'elles puissent être ouvertes toutes deux à la même personne, par exemple au successeur universel ou particulier⁶³.

Qu'en est-il si le successeur recourt en revision en invoquant une ouverture de l'article 403 CPCN et s'il se révèle en cours d'instance que son auteur avait consenti ou participé à la fraude qui a confondu le juge? De toute évidence, cette circonstance aura pour effet de déchoir le successeur du droit de recours qu'il tenait de son auteur. Pour autant que le délai de trois mois fixé par l'article 405 al. 2 CPCN ne soit pas échu, il pourra néanmoins convertir sa demande en revision en tierce opposition.

III. *La revision et les voies de recours de droit fédéral*

1. *Le recours en réforme*

Les règles de procédure cantonales qui font dépendre l'admissibilité d'un moyen de recours extraordinaire de l'impossibilité de recourir en réforme ne sont tolérables que dans la mesure où le moyen cantonal et le recours en réforme accomplissent une fonction identique⁶⁴. Cela signifie que les cantons peuvent limiter l'exercice des recours extraordinaires selon les critères objectifs de leur choix, mais qu'il leur est interdit de l'exclure pour le motif que le recours en réforme serait ouvert, si ce dernier ne permet pas de réparer le même vice que le recours extraordinaire en cause⁶⁵. De même, le droit fédéral interdit aux cantons de déclarer le recours extraordinaire irrecevable parce que le jugement attaqué ne serait pas entré en force⁶⁶. Le législateur neuchâtelois n'a d'ailleurs pas prévu, pour la revision, une règle de subsidiarité correspondant à celle qu'énonce l'article 393 al. 3 CPCN

62 Perrot, cours, p. 747.

63 En ce qui concerne l'intervenant, cf. *infra*, p. 133 ss.

64 Binder, p. 45; Zweifel, p. 39-40; ATF 41 I 237; 32 II 548-549.

65 Ce principe paraît d'ailleurs avoir une portée générale ATF non publié du 9 septembre 1977, D. c. A.; Guldener, ZPR, p. 519 n. 4.

66 Art. 54 al. 2 OJF; Birehmeier, p. 214-215; SJZ 1962 p. 108-109.

pour le recours en cassation. La voie du recours en réforme et celle de la revision peuvent être ouvertes parallèlement.

L'article 57 al. I OJF règle le problème de préséance posé par l'interjection simultanée des deux recours, en ce sens qu'il est sursis à l'arrêt du Tribunal fédéral tant que l'autorité cantonale n'a pas statué. Le but de cette disposition est d'éviter que le Tribunal fédéral soit appelé à se prononcer sur la conformité au droit fédéral d'un jugement annulable par une autre voie⁶⁷. Sa portée n'est pas absolue: lorsqu'il apparaît d'emblée, sans même qu'il soit nécessaire de consulter les pièces du dossier, que le recours en réforme est irrecevable, le Tribunal fédéral peut statuer sans attendre le sort de la procédure cantonale⁶⁸. A l'inverse, le Tribunal fédéral peut également surseoir à son arrêt lorsqu'une procédure pénale a été introduite en vue du dépôt ultérieur d'une demande en revision. Avant de se décider sur ce point, il examine si l'action pénale a des chances d'aboutir à une condamnation, c'est-à-dire si les charges qui pèsent sur le prévenu paraissent sérieuses⁶⁹.

Bien qu'il ne paraisse viser que l'hypothèse de l'interjection simultanée du recours, l'article 57 OJF s'applique également si la demande en revision est introduite alors qu'un recours en réforme est déjà pendant⁷⁰. Une pratique inverse conduirait à une situation inextricable pour le recourant, si le jugement cantonal devait être confirmé avant qu'il soit statué sur la demande en revision. L'article 138 OJF dispose en effet que la revision d'un arrêt confirmant une décision cantonale ne peut plus être requise pour un motif qui a été découvert avant le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral et qui aurait pu être invoqué dans la procédure cantonale de revision. A vrai dire, l'article 138 OJF ne concerne pas l'hypothèse dans laquelle le jugement cantonal serait réformé⁷¹. Faut-il en conclure qu'une partie est libre de se prévaloir, par la voie du recours en revision fédéral, d'un motif qu'elle aurait pu invoquer devant l'autorité cantonale en cours d'instance de réforme? Mieux encore, que le Tribunal fédéral n'aurait pas à se soucier de la procédure de revision cantonale, dans la mesure où le recours en réforme apparaîtrait fondé? Une réponse affirmative entraînerait des conséquences curieuses et contraires à la ratio legis de l'article 57 OJF. De plus, le plaideur lésé, n'étant pas devin, ne manquerait pas d'interjeter une demande en revision cantonale pour le cas où le Tribunal fédéral aurait l'intention de

67 Binder, p. 85; Birchmeier, p. 214.

68 ATF 83 II 419ss., 422.

69 Birchmeier, p. 218.

70 ATF 92 II 135.

71 Birchmeier, p. 509.

confirmer le jugement cantonal, quitte à renouveler au besoin son recours sur le plan fédéral, après réformation du jugement attaqué. On voit mal quel intérêt pourraient satisfaire des complications de cet ordre. Si l'article 138 OJF règle expressément le régime de la revision d'un arrêt de confirmation, c'est que celui-ci ne va pas de soi, comme on le verra plus loin, contrairement à celui de l'arrêt de réformation⁷².

Si le recours en revision est déclaré irrecevable ou mal fondé, la procédure devant le Tribunal fédéral est reprise, et le Tribunal fédéral tient compte des éléments nouveaux apportés par la procédure de revision⁷³. S'il est bien fondé, le recours en réforme devient sans objet, dans la mesure de la rétractation décidée par l'autorité inférieure. Cas échéant, le jugement rescisoire pourra être entrepris par un nouveau recours en réforme.

2. *Le recours en nullité*

Le recours en nullité est ouvert contre les décisions de la dernière juridiction cantonale, c'est-à-dire contre les décisions non susceptibles de recours ordinaire. Il peut donc être interjeté concurremment avec un recours cantonal extraordinaire⁷⁴. En vertu de l'article 74 OJF, qui déclare les dispositions relatives au recours en réforme applicables par analogie au recours en nullité, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en nullité et averti en temps utile du dépôt d'une demande en revision, ne manquera pas de surseoir à son arrêt⁷⁵.

3. *Le recours de droit public*

Sous réserve des exceptions énumérées à l'article 86 al. 2 OJF, le recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel n'est recevable que contre les décisions non susceptibles d'un recours ordinaire ou extraordinaire de droit cantonal. Il semble donc, a priori, que la revision cantonale fasse obstacle à la recevabilité du recours de droit public. Pour le Tribunal fédéral, cependant, le recours de droit public n'est exclu qu'en cas de concours parfait, et uniquement dans la mesure où la voie de droit

72 Cf. infra, p. 176.

73 Art. 57 al. 4 OJF; Guldener, ZPR, p. 553; Leuch, p. 365; d'après Zweifel, p. 40 n. 22, les faits ou les preuves invoqués dans un recours en revision cantonal écarté faute d'un caractère suffisamment concluant ou pertinent peuvent fonder un nouveau recours en revision selon l'art. 137 lit. b OJF, dirigé contre l'arrêt du Tribunal fédéral.

74 Thouvenin, p. 161-162.

75 Rust, p. 23; H.P. Marti, p. 52.

concurrente permet au recourant d'obtenir satisfaction au même titre que si le recours de droit public était déclaré bien fondé⁷⁶.

Pour ce qui est du concours parfait, il en va de même ici qu'en matière de cassation: le motif de revision peut avoir pour conséquence la réalisation d'une hypothèse énoncée par l'article 84 OJF.

Quant au résultat de l'instance en revision, il est apte à procurer au demandeur une satisfaction équivalente à l'annulation du jugement par le Tribunal fédéral.

La doctrine n'en estime pas moins que le recours en revision typique et le recours de droit public peuvent être interjetés parallèlement, parce que la demande en revision ne permet pas «den Entscheid als solchen als falsch anzufechten»⁷⁷.

Lorsque les deux voies de recours sont ouvertes, le Tribunal fédéral décide de cas en cas s'il suspend le cours de la procédure ou s'il statue immédiatement sur le recours de droit public⁷⁸.

4. *La demande en revision et en interprétation*

Un concours est exclu, car le recours fédéral et le moyen cantonal ne peuvent en aucun cas être dirigés contre la même décision.

IV. *Le cas de l'action civile jointe au procès pénal*

La jonction d'une instance civile au procès pénal est de nature à provoquer certaines interférences entre les voies de recours. Afin de grouper les observations relatives à ce type de procédure, nous examinerons également dans quelle mesure le recours en revision civile y est admissible.

En droit neuchâtelois, une action civile peut être portée devant le juge pénal pour tout dommage en rapport de causalité adéquate avec le fait de la prévention⁷⁹. Il n'est pas nécessaire que le préjudice allégué découle de ce seul fait⁸⁰. La procédure sur conclusions civiles prolonge la procédure pénale, les preuves administrées au pénal constituant la base de la conviction du juge. En conséquence, le complément de preuve autorisé par le Code de procédure pénale ne permet pas la remise en question de certains

76 ATF 94 I 461; 91 I 420; 90 I 229-230.

77 Kälin, p. 283; Ludwig, p. 189-190.

78 H. Marti, p. 111; Rust, p. 24; contra, HP. Marti, p. 52; Ludwig, p. 190.

79 RJN I I 209ss.

80 RJN 2 I 186ss.

points tranchés par le juge pénal, mais sert à éclairer des circonstances de fait nécessaires au prononcé du jugement civil⁸¹.

La partie condamnée par le jugement pénal dispose du recours en revision mis en œuvre par le droit pénal, si des faits ou des moyens de preuve sérieux apparaissent après coup. La revision du jugement pénal entraîne ipso jure la nullité du jugement statuant sur conclusions civiles⁸². Le condamné peut également se borner à demander la revision du jugement civil rendu sur la base du jugement pénal, s'il allègue que les conditions de l'article 403 CPCN sont réalisées.

Quant à la partie civile, elle dispose de droits relativement étendus sur le plan pénal⁸³, mais elle ne peut recourir en cassation (pénale) que si l'infraction ne se poursuit que sur plainte⁸⁴. La voie de la revision (pénale) lui est également fermée, à moins qu'elle ait été condamnée aux frais en tant que plaignant⁸⁵.

Sur le plan civil, la partie civile ne peut entreprendre en cassation que le jugement qui statue sur les conclusions civiles après le procès pénal, à l'exclusion des décisions incidentes ou préjudicielles qui ne mettent pas fin au litige civil.

Le recours en réforme au Tribunal fédéral lui est fermé, car le Code de procédure actuel dispose, contrairement à son prédécesseur, que l'action civile ne peut pas être portée devant le juge pénal si le montant des indemnités réclamées permet un recours en réforme au Tribunal fédéral⁸⁶.

Quant à la demande en revision, l'article 227 al. 3 CPPN se borne à un renvoi global aux dispositions du Code de procédure civile, ce qui donne à entendre que la partie civile dispose également de cette voie de recours⁸⁷. Cette affirmation vaut sans réserve lorsque le motif de revision affecte la phase du procès consacrée exclusivement à l'action civile. Une appréciation plus nuancée s'impose dans l'hypothèse où le recourant invoquerait une ouverture remettant en cause les constatations du juge pénal, si l'on se réfère à la jurisprudence relative au complément de preuve que la partie civile est admise à solliciter après la clôture du procès pénal. Il ne faut toutefois

81 CCC VI 79.

82 CCC VI 174.

83 Cf. notamment art. 50, 129, 131, 133, 156, 163, 166, 193, 212 CPPN.

84 Art. 243 CPPN; RJN 6 II 39 ss.; 4 II 55.

85 CCP III 293 ss.; cf. aussi Clere, p. 61.

86 Art. 26 al. 1 CPPN; comp. CCC V 596-597.

87 Comp. Rust, p. 39 n. 15, pour le canton de Zürich, où le recours en revision pénal entre seul en considération.

pas accorder une portée trop absolue à cette jurisprudence: la partie civile a la possibilité de participer à la procédure probatoire de l'instance pénale, voire de provoquer une extension de l'action pénale. Il paraît donc logique que, la procédure pénale clôturée, elle ne soit plus admise à revenir sur des points qu'elle a eu la faculté de faire élucider. Les éléments nouveaux envisagés par l'article 403 CPCN, en revanche, sont précisément de ceux dont le lésé ne peut se prévaloir en temps utile. Rien ne s'opposerait à ce que certains d'entre eux soient placés à la base d'une nouvelle action pénale, dirigée contre le défendeur (cf. par exemple l'article 403 ch.2 CPCN) ou un tiers (cf. par exemple l'article 403 ch.3 i.i. CPCN), ce qui justifierait de toute évidence un complément d'instruction sur le plan civil. L'unique obstacle théorique à la revisibilité du jugement civil disparaît donc en pareille hypothèse. Il doit en être ainsi pour toutes les ouvertures de l'article 403 CPCN. Adopter le point de vue inverse reviendrait à opposer la théorie de l'acceptation du risque au lésé qui se hasarderait à prendre des conclusions civiles au procès pénal. Une telle curiosité s'impose d'autant moins que, selon la magistrature neuchâteloise, le juge civil n'est pas lié en principe par l'issue du procès pénal⁸⁸.

En résumé, la jonction d'une instance civile au procès pénal n'entraîne aucune limitation du droit de solliciter la revision du jugement civil, ni pour le demandeur, ni pour le défendeur.

2. Les conditions d'admission de la demande

1. Délimitation

Le législateur n'a pas jugé utile de tracer, dans le Code de procédure civile, la limite entre la recevabilité et le bien-fondé de la demande en revision. Quant au but et à la fonction du recours, on n'y trouve la moindre allusion dans la loi. Tout au plus le rapport du Conseil d'Etat, relatif au CPCN 1906, mentionne-t-il que «la demande en revision a pour but d'obtenir la modification d'un jugement erroné en fait»⁸⁹. Cette affirmation ne cadre d'ailleurs pas parfaitement avec le complexe d'ouvertures à revision renfermé par l'article 403 CPCN: la preuve d'une machination frauduleuse, voire une condamnation pour faux témoignage, n'apportent pas nécessaire-

⁸⁸ Scyboz, p. 137.

⁸⁹ BGC 70 p. 62.

ment la démonstration positive de ce que le jugement attaqué est erroné. La structure de la procédure elle-même ne procure guère de secours à l'exécuté, car la loi n'édicte même pas une règle de priorité, laissant au tribunal une complète liberté de choix, éclairée par la «nature de l'affaire». Les ascendances françaises du Code plaident pour une conception étendue de la recevabilité, alors que la doctrine nettement dominante en RFA et en Suisse, ainsi que la jurisprudence, suggèrent une vision plus étroite des conditions d'entrée en matière.

Comme on le verra plus loin, la procédure de recours proprement dite trouve son épilogue dans le jugement rescindant. Le recours est fondé lorsque le tribunal rétracte le jugement attaqué. Cependant, les difficultés de qualification restent nombreuses, même en ce qui concerne la phase du rescindant. Toutes ne sont pas spécifiques à la revision.

Le droit de recours, on s'en souvient, est une action qui se rapporte en premier lieu à un acte étatique. Le recourant invoque, en l'exerçant, un droit à l'annulation ou à la modification de cet acte. Il paraît donc logique d'appliquer à ce droit le raisonnement valable pour la déduction en justice d'une prétention matérielle. Le parallélisme entre l'action au fond et le recours n'est pourtant pas toujours évident. S'agissant de l'action ordinaire, la qualité pour agir (*Prozessführungsbefugnis*) et la titularité sur le droit litigieux (*Legitimation*) sont clairement distinguées. La première est une condition de recevabilité, la seconde une condition de bien-fondé. La clarté disparaît dans la littérature relative aux recours, où la «*Legitimation*» est traitée comme une condition de recevabilité⁹⁰. La même remarque vaut pour la péremption d'action, examinée au fond lorsqu'un droit matériel est en cause, considérée comme une fin de non-recevoir lorsqu'elle atteint le droit de recours⁹¹. Autre exemple: la renonciation à se prévaloir d'un droit substantiel n'affecte en rien la validité de l'instance introduite par la demande qui s'y rapporte. Il est admis, en revanche, que la renonciation à un droit de recours entraîne l'irrecevabilité du recours qui la méconnaît⁹². Les constatations qui précèdent portent à croire que le droit substantiel invoqué en instance de recours – droit à l'annulation du jugement attaqué – n'est pas toujours nettement distingué de l'action procédurale qu'implique ce droit. Cela

90 Vogel, ZPR, p. 140 et 270; Walder, ZPR, p. 292 n. 4 et 466; Guldener, ZPR, p. 139ss. et 491ss.; Sträuli/Messmer, n. 6 ad § 108 et n. 4 avant le § 259 ZPO; comp. HP, Marti, p. 64ss., qui place la «*Legitimation*» sur le même plan que les ouvertures à revision.

91 Vogel, ZPR, p. 137 et 270; Sträuli/Messmer, loc. cit. à la n. 90 supra.

92 RJN I I 62ss., 213ss.; Menzel, p. 11-12, 60; Habscheid, DJP, p. 483; Rosenberg/Schwab, § 137 II 5 a; ATF 93 II 213ss.; contra, Gilles, Rechtsmittel, p. 45.

tient sans doute précisément au fait que le recours est une action procédurale, ce qui fait disparaître les repères traditionnellement liés à l'opposition entre le droit de procédure et le droit de fond. Il n'en reste pas moins que le droit substantiel et l'action ne se confondent pas, même en instance de recours. A défaut, la recevabilité impliquerait le bien-fondé. Deux paires d'exemples, choisis dans des cas limite, illustreront le passage d'une notion à l'autre.

La première a trait à l'intérêt. La jurisprudence retient qu'il n'y a pas d'intérêt – condition d'existence de l'action – à recourir contre un jugement reposant sur une motivation alternative, si tous les embranchements soutenant le dispositif de façon indépendante ne sont pas remis en question par le recours⁹³. En effet, même si l'autorité suivait le raisonnement du recourant, le jugement attaqué n'en devrait pas moins être maintenu, ce qui revient à dire que le recours est dirigé en réalité contre certains motifs. Or le droit de recours n'est pas une action en modification des motifs⁹⁴.

En revanche, si le juge constate que la cause de revision invoquée n'a pas influé sur la teneur du jugement attaqué, le recours devra être déclaré mal fondé⁹⁵. Pourtant, l'analogie entre les deux hypothèses saute aux yeux : constater que l'ouverture alléguée n'a pas influé sur le dispositif, c'est prendre acte du fait que l'admission du recours entraînerait, au mieux, une correction des motifs. La différence de traitement provient de ce que la constatation du juge porte, dans le deuxième cas, sur un fait compris dans la cause de la demande. Or le droit – substantiel – de recours permet à son titulaire d'obtenir que le bien-fondé des allégués formant la cause de la demande soit vérifié, alors que l'allégation des conditions préalables à cet examen ne suffit pas, à elle seule, à fonder l'entrée en matière.

Le deuxième jeu d'exemples se rapportera à la déchéance du droit de recours. On l'a constaté, le recours interjeté hors délai est irrecevable, à tout le moins de l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence. Il faut donc en déduire que l'échéance du délai emporte extinction de l'action, et que les allégations du recourant n'y changent rien. Qu'en est-il s'il se révèle que le recourant, faisant preuve de la diligence nécessaire, aurait pu se prévaloir en temps utile, devant le juge du fond ou par le biais d'un recours or-

93 ATF 87 I 375; RJN 1982 p.60; CCC VI 249–250; Goldener, ZPR, p.495; Sträuli/Messmer, n.2 i. f. ad § 293 ZPO; Kälin, p.313.

94 Voir toutefois RJN 4 I 111 ss.

95 ATF 81 II 475 ss., 479; RJN 6 I 400, 404; I I 195; pour la cassation, cf. RJN 1980–1981 p.99–100.

dinaire, de l'élément nouveau qu'il invoque maintenant à l'appui d'une demande en revision? Cette circonstance entraîne-t-elle la perte du droit ou celle de l'action? A priori, l'irrecevabilité paraît s'imposer⁹⁶, que l'on applique analogiquement le raisonnement valable pour la péremption du recours, pour la renonciation à recourir (tacite) ou encore pour la subsidiarité du recours en revision par rapport aux autres instruments procéduraux, comme l'a fait le législateur allemand. La doctrine allemande l'entend d'une autre oreille, et considère que la lettre du § 582 ZPO résulte d'une maladresse: le recourant qui n'a pas fait preuve de la diligence requise verra sa demande écartée au fond⁹⁷. Les auteurs de notre pays semblent également estimer, implicitement, que la violation du devoir de diligence incombant au plaideur relève du fond⁹⁸.

Il se confirme ainsi que le «droit de recours» recouvre deux réalités: un droit substantiel et une action, sans parler de l'action et de la prétention originaire, que le recours véhicule de façon latente. Vu l'imprécision de la loi et la minceur de la jurisprudence, c'est avant tout affaire de conviction que de décider si telle déchéance atteint le droit ou l'action. La portée pratique de la question est d'ailleurs limitée, car le tribunal examine de toute manière d'office si le jugement doit effectivement être rétracté.

C'est pourquoi les subdivisions classiques ont été adoptées en définitive dans ce chapitre, sous la rubrique générale «Conditions d'admission».

II. Les conditions subjectives de recevabilité

1. Remarque préliminaire

Comme tout autre recours, la demande en revision suppose, sur le plan subjectif, la réunion de certaines propriétés attachées aux personnes admises à agir. Il ne sera pas traité ici de la jouissance et de l'exercice des droits civils, notions de droit matériel qui conditionnent la capacité d'être partie et de procéder, mais dont la définition ne varie pas selon le type de recours considéré⁹⁹. Les conditions de qualité et d'intérêt, en revanche, relèvent du droit de procédure¹⁰⁰, et c'est d'elles qu'il sera question ci-dessous.

96 Dans ce sens, ATF 98 II 255, où le Tribunal fédéral se réfère à tort à l'ATF 76 I 136 (cf. c. 2 i. f. de cet arrêt).

97 Stein/Jonas, n. m. 25 avant le § 578, 1 ad § 582 ZPO; Baumbach/Lauterbach, n. 1 A ad § 582 ZPO; contra, Rosenberg/Schwab, § 162 IV 1.

98 Cf. H. P. Marti, p. 23 ss.; Rust, p. 126 ss.

99 Habscheid, DJP, p. 185 ss.; Vogel, ZPR, p. 85 ss.; Walder, ZPR, p. 32, 141 ss.

100 Vogel, ZPR, p. 125; Sträuli/Messmer, n. 9 ad § 51 ZPO; Anastasi, p. 125.

2. *La qualité pour recourir*

A. *Les parties*

La relation du plaideur à la prétention déduite en justice détermine la qualité pour agir, de façon générale. En matière de recours, c'est le rapport entre le recourant, l'intimé et le jugement qui est décisif. Puisque le recours met en œuvre une critique de l'acte attaqué, le droit de recours n'est pas transférable isolément. Il est lié au statut procédural de partie, qui n'est d'ailleurs pas réservé qu'aux parties, comme on le verra. Mais qu'entendre par partie?

Est partie au jugement la personne en faveur de laquelle ou contre laquelle le jugement est rendu¹⁰¹. La partie est fondée à recourir quand bien même sa qualité pour agir ou pour défendre aurait été admise à tort¹⁰². A priori, la qualité de partie au jugement paraît supposer celle de partie à l'instance, et réciproquement. Des écarts se conçoivent pourtant. On se rappelle qu'en droit neuchâtelois, l'intervenant est partie (accessoire) à l'instance, mais non au jugement. La qualité de l'intervenant sera examinée séparément. D'autre part, une erreur peut laisser une partie à l'instance absente du jugement ou faire apparaître au jugement une personne qui n'avait pas participé au procès. De telles hypothèses ne touchent la révision que d'assez loin, car il ne lui appartient pas en principe d'y porter remède, cette tâche étant dévolue à la requête en rectification d'erreurs matérielles, voire à l'appel ou au pourvoi. S'il y a fraude, la qualité pour recourir en tant que partie doit être admise largement. D'une part, la doctrine admet qu'un jugement ne présentant qu'une apparence de validité soit annulé à la demande de la personne à qui son autorité paraît opposable¹⁰³. D'autre part, il se justifie d'admettre la qualité pour recourir de la partie à l'instance absente du jugement, en raison d'une machination frauduleuse, plutôt que de la contraindre à la conduite d'un nouveau procès, identique au précédent¹⁰⁴.

La partie privée de sa capacité de procéder depuis le prononcé du jugement agit par l'intermédiaire de son représentant légal.

Le rôle joué par la partie lors de l'instance originaire est sans influence sur sa qualité pour recourir. En particulier, l'intimé en instance d'appel ne perd pas sa qualité pour s'être abstenu d'appeler du jugement rendu par le tribunal inférieur.

101 CCC V 299.

102 Guldener, ZPR, p. 491 n. 56.

103 Guldener, ZPR, p. 492.

104 Rust, p. 80.

B. *Les successeurs universels*

L'autorité de la chose jugée étant opposable aux successeurs universels des plaideurs, la doctrine admet leur qualité pour recourir de façon unanime. Encore faut-il que la contestation ne porte pas sur un droit strictement attaché à la personne des parties au jugement. La revision ne saurait ainsi être utilisée aux fins de revenir, après le décès d'un conjoint divorcé, sur les dispositions du jugement relatives au principe du divorce.

Certaines dispositions de droit civil, tel l'article 93 al.2 CC ou l'article 135 al.2 CC, prévoient que les héritiers d'un plaideur peuvent poursuivre un procès auquel leur auteur est partie, malgré le caractère éminemment personnel du droit litigieux. Leur qualité pour recourir en revision dépend de la réponse à cette question: un litige vidé par un jugement susceptible de revision peut-il encore être considéré comme pendant? La demande en revision introduit une instance nouvelle, distincte du procès originaire. Elle ne peut être assimilée à une poursuite de la procédure. Les héritiers ne sauraient déduire un droit de recours des articles 93 al.2 et 135 al.2 CC¹⁰⁵.

La succession peut se compliquer de l'apparition d'un cas de représentation légale ou d'un lien de consorité simple ou nécessaire. En tant que la succession implique une véritable substitution de parties, les difficultés soulevées par de tels événements, survenus après le jugement, se résolvent de la même manière que s'ils s'étaient présentés auparavant¹⁰⁶. Cependant, le décès d'une partie ne suspend pas le délai de recours. La nomination d'un curateur pourra donc se révéler nécessaire s'il s'agit d'éviter que l'impossibilité de joindre les héritiers n'entraîne une déchéance du droit de recours¹⁰⁷.

C. *Les successeurs particuliers*

La qualité pour recourir des successeurs particuliers doit être déterminée, elle aussi, en fonction de la mesure dans laquelle l'autorité de l'acte leur est opposable.

L'article 211 CPCN ne mentionne que les parties, au chapitre de l'autorité de la chose jugée, alors que l'article 404 CPCN réserve la tierce opposition à leurs ayants-droit. Il serait erroné d'en déduire que le successeur particulier n'a pas qualité pour interjeter le recours en revision de l'article 403 CPCN. D'abord, la tendance actuelle est à la reconnaissance géné-

105 Dans le même sens, HP.Marti, p.73; Kummer, Grundriss, p.210, implicitement.

106 HP.Marti, p.71-72.

107 Art.35 i.f. CPCN.

rale d'une extension de la chose jugée au successeur, en vertu du droit de fond lui-même, et indépendamment des règles de procédure contraires¹⁰⁸. Ensuite, la lettre de l'article 211 CPCN, héritée du droit français, n'interdit pas une assimilation du successeur particulier à la notion de partie¹⁰⁹. Enfin, et surtout, l'article 404 CPCN attribue à l'ayant-droit un droit de recours qui n'appartient en aucun cas à son auteur. Il n'y a dès lors aucun empêchement d'ordre systématique à ce que le successeur bénéficie, en des qualités différentes, du droit de recourir en revision au sens de l'article 403 CPCN et de celui de se porter tiers-opposant au sens de l'article 404 CPCN. Rappelons au surplus que la jurisprudence a comblé, après quelques errements, la lacune que présentait l'article 161 CPCN. Si l'on admet, de façon générale, la substitution de partie en cours d'instance, lorsque l'une des parties aliène la chose ou la créance litigieuse, c'est afin de simplifier les relations arrêtées par le jugement. Il serait singulier de retenir le principe inverse, au moment où ce jugement serait remis en question par une voie de recours, même extraordinaire¹¹⁰, d'autant plus qu'une fois le droit contesté transféré, l'aliénateur perdra dans la règle son intérêt – de pur fait – à améliorer au profit d'autrui la situation résultant du jugement.

Les contestations qui pourraient surgir quant à la titularité sur le droit transféré se rapportent au fond de la cause et échappent donc au débat relatif à l'entrée en matière¹¹¹. Pour cette même raison, la partie originaire conserve dans tous les cas sa qualité pour recourir, pour autant que le transfert soit intervenu après le jugement.

D. Les consorts

a) Les consorts simples

Chaque consort simple a qualité pour recourir seul, s'il affirme être touché dans ses propres droits par le jugement attaqué, mais non en ce qui concerne les prétentions élevées par et contre les autres consorts¹¹².

108 Roth-Grosser, p. 104 n. 15; cf. aussi Guldener, ZPR, p. 372; Graven, p. 261; Brumann, p. 127–128; Kummer, Klagerecht, p. 200ss.; Piguet, p. 69; Walder, ZPR, p. 297; Leuch, p. 211.

109 Perrot, chose jugée, N° 118.

110 Dans le même sens, Rust, p. 85.

111 Habscheid, DJP, p. 188; M. Müller, p. 48; ATF 107 II 85–86.

112 CCC VI 251.

Pour H. Schüpbach¹¹³, le lien qui unit les consorts nécessaires peut être assimilé à une sorte de personnalité restreinte, distincte de celle des membres de la communauté, de sorte que le problème de leur qualité pour recourir se poserait en première ligne en termes de capacité. Sans entrer dans ces nuances, la Cour de cassation a estimé que le lien de consorité, procédant de la nécessité d'une action commune, impliquait l'absence de qualité pour recourir du consort agissant seul¹¹⁴. Cette position rejoint le point de vue de la doctrine dominante¹¹⁵. M. Guldener estime néanmoins¹¹⁶ que si un consort refuse de se joindre aux autres pour recourir, ceux-ci ne sont pas privés pour autant de leur qualité pour le faire en leur propre nom, ainsi que comme intervenants accessoires du consort dissident. Cette possibilité s'impose comme une nécessité pratique, car le rapport de base qui sous-tend le lien de consorité n'impose pas toujours impérieusement que la volonté négative d'un consort puisse paralyser la volonté positive des autres¹¹⁷. Il en va de même pour le droit de recours que pour le droit d'action: l'issue du procès doit être la même pour tous les consorts nécessaires. Or il est exceptionnel qu'un jugement soit opposable à une personne qui n'y est pas partie. Lorsqu'il en est ainsi – que l'on songe à certaines actions formatrices relatives à l'état des personnes – chaque consort a qualité pour recourir seul¹¹⁸. D'une manière plus générale, le raisonnement applicable en matière d'action doit être transposé à notre avis au domaine des recours¹¹⁹. Faute d'avoir voulu se joindre au(x) recourant(s), le consort nécessaire récalcitrant doit être intimé, de façon que le jugement rendu sur recours lui soit opposable (même si, en réalité, il lui profite).

E. *L'intervenant*

L'intervenant se mêle en droit neuchâtelois à un procès auquel il n'est pas partie principale et dont l'issue, lorsqu'elle lui est opposable, ne l'est pas en vertu de l'autorité de la chose jugée¹²⁰. La logique voudrait en

113 Cassation, p. 238.

114 RJN 2 I 101 ss.; comp. BGC 70 p. 12–13.

115 Guldener, ZPR, p. 493; Walder, ZPR, p. 161; Sträuli/Messmer, n. 13 et 14 ad § 39 ZPO.

116 ZPR, p. 493 n. 61; comp. Anastasi, p. 126.

117 Schüpbach, cassation, p. 239; comp. ATF 109 II 142; 107 III 96.

118 ATF 95 II 294; 87 II 284; 82 II 1 ss.

119 Cf. *supra*, p. 54.

120 E. Staehelin, p. 79.

conséquence qu'il soit considéré comme un tiers et que soit niée sa qualité pour recourir en revision. Cependant, s'il jouit des facultés procédurales réservées aux parties en cours d'instance, il paraît normal de lui reconnaître un droit de recours indépendant. Les deux opinions sont représentées en doctrine. Si les auteurs zuricois admettent unanimement la qualité pour recourir en revision de l'intervenant accessoire¹²¹, M. Kummer la nie au motif que l'instance en revision constitue en réalité un procès nouveau¹²². Cet argument, particulièrement percutant en droit allemand, n'empêche pas les auteurs de ce pays de reconnaître à l'intervenant accessoire la qualité pour interjeter une Restitutionsklage¹²³. Il en va de même en France¹²⁴, et c'est également la solution que préconise H. Schüpbach, sous nos latitudes, en matière de cassation, «dans toute la mesure où le jugement tranche implicitement ou explicitement les droits dont l'intervenant est titulaire»¹²⁵. Ce point de vue est discutable, si l'on apprécie la qualité pour recourir en fonction de la portée subjective de l'autorité de la chose jugée¹²⁶. Il l'est moins si l'on considère la qualité de l'intervenant en tant qu'appendice du compromis en application duquel le législateur a choisi d'autoriser l'intervention accessoire en cours d'instance.

Un bref détour par la tierce opposition permettra d'y voir plus clair. La qualité d'intervenant et celle de tiers opposant s'excluent. Telle est du moins la règle admise en France et en Suisse¹²⁷, et elle a pour elle le mérite de la logique: l'intervenant accessoire ne fait qu'assister la partie principale à laquelle il se joint. Il lui est loisible de formuler des allégations et de produire des preuves en cours d'instance, de sorte que la protection de l'article 404 CPCN peut paraître superflue à son égard. C'est d'autant plus vrai que le jugement ne lui est opposable que dans les limites du principe de la bonne foi, celles-là même dont l'article 404 CPCN présuppose qu'elles ont été transgressées. Néanmoins, le principe d'exclusion ne vaut pas sans réserve, car l'intervenant ne peut entreprendre que des actes de procédure n'entrant pas en contradiction avec ceux de la partie qu'il soutient. Or celle-ci peut fort bien prendre des mesures préjudiciables à ses propres intérêts. L'intervenant sera donc désarmé, si le jugement lui est opposable en une

121 Guldener, ZPR, p. 308; Rust, p. 80; Sträuli/Messmer, n. 5 avant le § 259 ZPO; dans le même sens, Geiger, p. 144.

122 Grundriss, p. 210.

123 Stein/Jonas, n.m. 7 ad § 578 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 162 II 1; Schiedermair, p. 349; Wieczorek, C II a 2 ad § 578; Baumbach/Lauterbach, I B ad § 578 ZPO.

124 Joly, N° 45.

125 Cassation, p. 243.

126 Voir la contradiction, chez Rust, p. 41 et 80, 82.

127 Cornu/Foyer, p. 399; Encyclopédie Dalloz, 1^{re} éd., tierce opposition, N°s 117, 123; intervention, N° 62; Helberg, p. 123; Briner, Rechtsmittel, p. 152.

autre qualité que celle d'intervenant, par exemple en celle de successeur universel ou particulier. Dans cette mesure, la jurisprudence française admet que la participation à l'instance ne fait pas obstacle à la recevabilité d'une tierce opposition¹²⁸, ce qui nous paraît justifié. Ainsi modalisé, le défaut de qualité de l'intervenant pour se porter tiers opposant permet de cerner l'étendue de son droit de recourir en revision: l'intervenant peut se pourvoir en revision de façon indépendante, mais il ne peut invoquer qu'une cause de revision dont la partie qu'il soutient pourrait se prévaloir. Celle-ci conserve toute sa liberté de retirer le recours qu'il aurait interjeté en son nom¹²⁹. Les conséquences d'un tel comportement, de la part du plaideur assisté, se mesurent à l'aune du droit de fond. Cas échéant, l'intervenant pourra invoquer l'inopposabilité du jugement à son égard, si la partie soutenue, retirant le recours de l'intervenant, agit au mépris du principe de la bonne foi.

Aux termes de l'article 48 CPCN, l'intervention peut être sollicitée jusqu'à fin de cause. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de définir la notion de cause, dans ce contexte, comme elle l'a fait en ce qui concerne les limites temporelles de la réforme¹³⁰. Cependant, la structure de l'instance en revision milite contre l'admission d'une intervention qui ne surviendrait qu'au stade de l'interjection du recours. L'objet du litige, dans la procédure de revision au sens étroit, ne se confond pas avec celui de la contestation originaire: l'intervenant potentiel n'a été impliqué à aucun titre dans un procès auquel il est resté étranger, et qui est terminé. La doctrine suisse, dans sa majorité, ne s'arrête pas à ce détail et admet la qualité pour recourir d'un tiers qui ne serait pas intervenu lors du procès¹³¹. Cela revient à concéder la qualité pour recourir à tout intéressé au sens de l'article 47 CPCN, ce qui est excessif, eu égard aux intérêts respectifs des parties et des tiers intéressés à l'issue de la procédure, mais à qui l'autorité de la chose jugée n'est pas opposable. Une exception se justifie, en revanche, lorsque l'autorité de la chose jugée s'étend à des tiers non assimilés aux parties sur le plan procédural. Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, tel qu'il est prévu par la Constitution, a pour conséquence insatisfaisante – en l'état actuel – qu'une personne peut, dans certaines circonstances, se voir

128 Encyclopédie Dalloz, 2^e éd., tierce opposition, N° 60; Soc., 29 juin 1951. D. 1952, Sommaires, p. 52.

129 Sträuli/Messmer, n. 4 ad § 45 ZPO; ATF 33 II 697.

130 Cf. supra, p. 115.

131 Soliva, p. 50; Bally, p. 37; Bärtsch, p. 63–64; Baerlocher, p. 170; Guldener, ZPR, p. 307 n. 8, 492 n. 58; Sträuli/Messmer, n. 5 avant le § 259 ZPO; contra, Oehler, p. 74; cf. aussi art. 53 al. 2 OJF; Wieczorek, C 11 a 2 ad § 578 ZPO.

opposer un jugement comme si elle y avait été partie, alors qu'il ne lui est pas permis d'intervenir au procès à titre principal¹³². Il convient donc de lui attribuer les facultés d'intervention les plus larges possibles en droit positif, même s'il ne s'agit en fait que d'un pis-aller.

F. Le dénoncé

Si le dénoncé se joint au dénonçant comme intervenant, les remarques qui précèdent sont valables pour lui. S'il procède au nom du dénonçant, un droit de recours doit lui être reconnu également, en qualité de représentant de la partie principale¹³³. Il se justifie, à tout le moins, de présumer le pouvoir de représentation du dénoncé et de lui accorder un statut équivalent à celui de l'intervenant. Le retrait, par le dénonçant, du recours interjeté par le dénoncé, sera valable, mais il pourra constituer une faute grave engageant la responsabilité du dénonçant et dégageant, par la même occasion, celle du dénoncé.

La dénonciation fonde-t-elle à elle seule la qualité pour recourir du dénoncé? Les auteurs favorables à une intervention au stade de l'interjection du recours l'affirment, de façon conséquente. Certains opposants les rejoignent sur ce point¹³⁴. En bonne logique, la question devrait être résolue en fonction de l'effet que produit la dénonciation au regard du dénoncé: si le dénoncé était tenu de se mêler au procès, en vertu du principe de la bonne foi, l'issue du procès défavorable au dénonçant lui sera opposable, pour autant que la dénonciation soit intervenue en temps utile et que la défaite ne soit pas imputable à une faute procédurale du dénonçant¹³⁵. Si l'une de ces conditions n'est pas réalisée, le jugement reste sans effet pour le dénoncé, qui conserve à tous égards le statut de tiers. Cette circonstance devrait le priver tant de sa qualité que de son intérêt pour recourir. La difficulté tient au fait que les effets de la dénonciation ne sont pas toujours aisément déterminables, et qu'un nouveau procès est souvent nécessaire à leur révélation¹³⁶. C'est pour cette raison que le dénoncé est admis à participer à la procédure principale, alors même qu'une condition de l'opposabilité du jugement à son égard ferait défaut d'emblée. Il convient dès lors, dans le doute, de concéder la qualité pour recourir au dénoncé qui aurait négligé de se joindre au dénonçant en cours d'instance.

132 Exemple: art. 706 al.5 CO et 51 CPCN.

133 Comp. Bally, p. 39.

134 Wieczorek, C II a 2 ad § 578 ZPO.

135 E. Staehelin, p. 129 ss.

136 Vogel, ZPR, p. 98.

Une dénonciation de litige aux fins d'exercer le droit de recours sortirait des prévisions de la loi. En revanche, l'intimé peut fort bien dénoncer le litige aux personnes contre lesquelles il estime avoir un droit de recours en cas de perte du procès en revision¹³⁷, ce qui est une autre question.

G. *Le défaillant*

Comme on l'a constaté plus haut¹³⁸, le défaillant, bien qu'exclu de la procédure, n'en perd pas pour autant sa qualité pour attaquer le jugement par défaut qui lui fait grief.

3. *La qualité pour être intimé*

Plus étroitement encore que la qualité pour recourir, la qualité pour défendre au recours est liée au statut procédural de partie au jugement attaqué. Le recours doit être dirigé contre l'adversaire originaire, pour autant qu'il ait encore la capacité d'être partie. A défaut, et dans la mesure où le procès porte sur des droits transmissibles, la qualité pour défendre appartient aux successeurs universels.

Le cas de la succession à titre particulier prête à discussion. D'une part, il serait pratiquement recommandable que le recourant puisse diriger sa demande contre le successeur, car cela lui épargnerait la peine de s'en prendre dans un premier temps à sa partie adverse, pour invoquer ensuite le jugement rescisoire à l'encontre de l'ayant-droit. D'autre part, on ne peut exiger du recourant qu'il se livre, préalablement à l'interjection du recours, à des recherches tendant à déterminer la titularité actuelle sur les droits et obligations litigieux lors de l'introduction de la demande initiale.

En droit allemand, seuls les adversaires originaires ont qualité, en principe, pour en découdre en instance de revision¹³⁹. B. Rust retient le même principe, mais uniquement dans la mesure où le litige a porté sur un droit réel transféré depuis le jugement¹⁴⁰. En ce qui concerne les droits personnels, en revanche, cet auteur admet la qualité pour défendre tant du cédant que du cessionnaire.

137 Comp. Hagenbüchle, p. 24; Anastasi, p. 127.

138 Cf. supra, p. 117.

139 Stein/Jonas, n.m. 7 ad § 578 ZPO; Wiczorek, C II b 2 ad § 578 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 162 II 2; pour les exceptions, cf. Schiedermair, p. 341, 343.

140 P. 89.

A notre avis, la question se pose essentiellement en termes d'utilité: l'article 161 CPCN, tel qu'il a été interprété par la jurisprudence¹⁴¹, paraît impliquer la qualité pour défendre du successeur particulier, si le jugement attaqué emporte chose jugée à son égard, ce qui dépend du droit de fond. Cependant, la procédure de revision risque de tourner à la confusion du recourant, s'il se révèle que son adversaire a acquis de bonne foi le droit sur lequel le jugement portait. De plus, l'adversaire originaire ne pourra pas être recherché en dommages-intérêts, même s'il résulte du jugement écartant le recours que l'issue du procès aurait été différente si le droit litigieux n'avait pas été transféré. Une action en dommages-intérêts éventuelle contre l'aliénateur se heurterait en effet à l'autorité de la chose jugée. Le demandeur en revision ne court pas semblable risque s'il dirige le recours contre son adversaire initial: si le recours est fondé, la cause est à nouveau pendante et l'article 161 CPCN trouve application, avec les possibilités de conversion qu'il aménage. Quand bien même le tiers acquéreur serait protégé en vertu du droit de fond, le demandeur en revision conserve la possibilité de réclamer à la partie adverse la réparation du dommage lié à l'aliénation du droit litigieux.

Selon une jurisprudence française très rigoureuse, toutes les parties principales au procès initial doivent être intimées, à peine d'irrecevabilité¹⁴². Une telle sévérité ne s'impose pas en droit neuchâtelois. Les consorts nécessaires doivent être intimés simultanément par leur adversaire, de même, à notre avis, que les consorts dissidents qui refuseraient de se joindre au recours formé par un ou plusieurs membres de la communauté. Si le lien de consorité n'a qu'un caractère facultatif, en revanche, le recourant n'est pas tenu d'actionner tous les consorts auxquels la procédure l'avait opposé. Il est même douteux que les consorts aux côtés desquels il avait procédé aient qualité pour défendre.

Ni l'intervenant, ni le dénoncé, n'ont qualité pour défendre en leur propre nom. A cet égard, le dénoncé, l'intervenant et la partie assistée ne constituent qu'une seule personne, et cette personne est la partie principale.

141 Cf. *supra*, p. 109.

142 Paris, 17 mars 1978, *Gaz. Pal.* 1979, *Jurisprudence*, I, 18-19.

4. *L'intérêt*

La condition d'intérêt, commune à tout recours, à toute action, cerne l'étendue du droit à la protection juridique. L'intérêt est la mesure du droit de recours¹⁴³. Il est l'expression positive du grief que le jugement cause au recourant.

En France, l'intérêt existe, d'une façon générale, lorsqu'il est certain qu'en cas de succès, la partie qui use d'une voie de recours en retirera effectivement un intérêt et un profit légitimes, autrement dit, que dans l'hypothèse où le recours serait accueilli, la décision attaquée serait remplacée par un jugement sûrement plus avantageux ou moins désavantageux pour le recourant¹⁴⁴. L'intérêt est déterminé par un critère formel, savoir par la comparaison du dispositif du jugement et des conclusions prises par le recourant lors du procès conclu par l'acte attaqué. L'écart entre ces deux termes est appelé succombance. Il équivaut à la notion, classique en RFA, de «formelle Beschwer».

La jurisprudence allemande a toutefois renoncé à l'exigence d'un grief formel dans certains cas particuliers. Il a été jugé, par exemple, que le demandeur en divorce pouvait recourir contre le jugement qui lui allouait ses conclusions, aux fins d'obtenir que l'autorité de recours prononce le divorce en raison d'un adultère plutôt que sur la base de la cause retenue par le tribunal inférieur. On parle alors de «materielle Beschwer». Le grief matériel se définit par le caractère objectivement défavorable du jugement pour le recourant, et par la possibilité d'en obtenir un meilleur en instance de recours. Un courant de pensée moderne, emmené par H. Brox¹⁴⁵, W. Ohndorf¹⁴⁶ et K. A. Bettermann¹⁴⁷, préconise une admission large de l'intérêt pour recourir, vérifié par la seule présence d'un grief matériel. D'un manière plus délicat que la notion de grief formel, le concept de grief matériel ouvre d'intéressantes perspectives, lorsque la théorie du grief formel se trouve en quelque sorte paralysée par sa propre mécanique. Il en est ainsi, notamment, lorsque le défendeur n'a pas pris de conclusions; si les conclusions du demandeur sont le présupposé indispensable de tout jugement civil, le procès n'implique pas nécessairement une participation active du dé-

143 Schüpbach, cassation, p. 245.

144 Joüy, N° 41.

145 ZZP 81 p. 379ss.

146 Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozessrecht, München, 1972.

147 ZZP 82 p. 24ss.

fendeur. On ne saurait priver le plaideur défaillant ou inactif de son droit de recours, sous prétexte qu'un des termes nécessaires à la détermination du grief formel ferait défaut.

Le droit fédéral n'impose pas aux cantons une définition uniforme de l'intérêt; il les laisse même libres de subordonner la recevabilité des recours cantonaux à l'existence d'un grief¹⁴⁸. La doctrine très majoritaire retient le grief formel comme seule condition de recevabilité, en mentionnant parfois le grief matériel au titre de condition de bien-fondé¹⁴⁹. Le Tribunal fédéral s'en tient également, en principe, à l'exigence d'un grief formel, en ce qui concerne la recevabilité des recours fédéraux; cependant, le grief formel ne suffit pas, à lui seul, à fonder l'intérêt. Il se peut en effet qu'une partie ne soit pas lésée dans ses droits matériels ou procéduraux, quand bien même le tribunal n'aurait pas statué dans le sens de ses conclusions. Exemple: le tribunal inférieur rejette la demande contre l'avis du défendeur, qui entendait la voir déclarée irrecevable¹⁵⁰. A l'inverse, un grief matériel a été jugé suffisant pour justifier l'entrée en matière sur un recours en réforme, notamment lorsque l'intérêt d'un enfant était en cause¹⁵¹ ou lorsqu'il s'agissait de protéger l'institution du mariage¹⁵².

La jurisprudence neuchâteloise applique également la théorie formelle¹⁵³, bien que certaines concessions soient consenties à la doctrine du grief matériel. Il a été jugé par exemple que l'appel d'un jugement de séparation de corps est ouvert pour attaquer les constatations de fait qui peuvent avoir un effet sur le jugement éventuel de conversion, même si le dispositif du jugement n'est pas attaqué ou s'il est conforme au droit¹⁵⁴. Par ailleurs, l'appel d'un jugement de faillite sans poursuite préalable rendu à la requête du débiteur a été déclaré recevable en principe en cas de vice de consentement, de procédé d'un représentant sans pouvoir ou d'absence de discernement¹⁵⁵. De même, le Tribunal cantonal a considéré qu'une convention sur les effets accessoires du divorce pouvait être attaquée par voie de révision,

148 ATF 103 II 114 i. l.; 71 II 137.

149 A la liste établie par Haegi, p. 190 n. 193, on peut ajouter Rust, p. 90; Zweifel, p. 12; Bally, p. 39; Anastasi, p. 130-131 et 246; M. Müller, p. 40-41; Soliva, p. 49; Hagenbühl, p. 25.

150 ATF 63 II 190-191; l'inverse n'est pas vrai, car si la demande est déclarée irrecevable, le défendeur risque d'être contraint de procéder à nouveau au fond.

151 ATF 82 II 470-471.

152 ATF 96 II 66 ss.

153 RJN 1982 p. 60; I I 168, 310-311; CCC VI 241.

154 RJN 4 I 111 ss.

155 RJN 7 I 244.

lorsqu'une partie l'avait conclue en état d'incapacité de discernement¹⁵⁶. Il s'agit là d'une saine pratique, qui rejoint le point de vue exprimé en termes généraux par M. Guldener: le grief du recourant doit être examiné à la lumière de toutes les circonstances de la cause¹⁵⁷.

Concrètement, la marche à suivre peut être résumée ainsi: l'autorité examine en premier lieu si l'acte attaqué cause un grief formel au recourant, en comparant les conclusions qu'il avait prises au dispositif du jugement. L'intérêt existe si le recours tend, par sa motivation et ses conclusions, à l'élimination du grief. La présence d'un grief formel fait présumer celle d'un grief matériel, mais s'il se révèle d'emblée que la modification du jugement n'améliorerait en rien la situation du recourant, l'intérêt pour recourir doit être nié¹⁵⁸.

Inversément, le recourant justifie d'un intérêt, malgré l'absence d'un grief formel, lorsqu'il n'avait pas pris de conclusions, dans toute la mesure où le jugement constate ou met une obligation à sa charge.

De même, l'intérêt existe si le recourant s'est vu allouer ses conclusions, mais sur la base d'une motivation autre que celle qu'il avait développée à titre principal, si les motifs impliquent la perte d'un droit, comme en cas de compensation¹⁵⁹.

L'intérêt est également indépendant d'un grief formel dans les matières où la liberté de décision des tribunaux n'est pas limitée par les conclusions des parties. Il serait en effet singulier que la teneur des conclusions prises dans la demande ou la réponse soit de nature à paralyser l'activité de contrôle de l'autorité de recours, alors que le juge du fond n'y était pas lié.

Enfin, la théorie du grief formel révèle une insuffisance supplémentaire lorsque le recourant entend précisément se prévaloir d'un vice qui aurait affecté la formulation de ses conclusions ou de la manifestation de volonté qui en tient lieu. Une précision s'impose: si le recourant a la possibilité de réparer ce vice par voie d'action, une dérogation à la règle ordinaire n'apparaît pas nécessaire. En d'autres termes, l'intérêt à recourir fondé sur le seul grief matériel doit être délimité en fonction de la portée de l'autorité de la chose jugée¹⁶⁰ ou de la force obligatoire intraprocédurale qui pré-

156 RJN 71 161, implicitement.

157 ZPR, p. 494 n. 70.

158 C'est à tort à notre avis que HP. Marti (p. 64) conteste l'existence d'un intérêt lorsque le jugement, bien que modifié, ne pourrait plus être exécuté. La rétractation de l'acte est nécessaire au succès d'une demande en dommages-intérêts. Elle conditionne également la correction de la décision sur frais et dépens. Enfin, la conversion des conclusions originales n'est pas exclue (cf. *infra*, p. 206-207).

159 M. Müller, p. 42.

160 Dans le même sens, Haegi, *passim*, notamment p. 232; Rust, p. 91; HP. Marti, p. 64; comp. Zweifel, p. 13; Baerlocher, p. 171 n. 781.

figure cette autorité. Supposons par exemple un accident d'automobile, à la suite duquel le lésé actionne le responsable en dommages-intérêts. Ignorant qu'il a été victime d'un traumatisme crânien, le demandeur ne réclame que la réparation du dommage résultant de la destruction de son véhicule. Son exploit comportera un exposé des circonstances de l'accident, ainsi que des allégations se rapportant au calcul du dommage matériel. Le jugement lui donnant gain de cause ne fera pas obstacle au dépôt, ultérieur, d'une demande individualisée par un fait – la lésion corporelle – et un objet – les conclusions – différents. L'intérêt pour recourir en revision fait défaut. Imaginons maintenant que notre demandeur, induit en erreur par son adversaire, évalue son dommage matériel de façon beaucoup trop optimiste. Il ne sera pas recevable à solliciter une condamnation complémentaire de son adversaire, après le jugement lui octroyant ses conclusions. La question qu'il voudrait faire juger à nouveau – le dommage subi par le véhicule – est définitivement tranchée. Au regard de l'autorité de la chose jugée, sa situation est la même que si le défendeur avait obtenu reconventionnellement la constatation de ce qu'il ne doit rien de plus que la somme réclamée. Le lésé a donc un intérêt certain à obtenir la revision du jugement¹⁶¹.

L'intérêt, comme la qualité pour recourir, étant en principe fonction de l'autorité que le jugement déploie ou est appelé à déployer, on ne s'étonnera pas de constater que la position de l'intervenant fait à nouveau problème. L'intérêt de l'intervenant est bancal, comme l'est sa situation procédurale en général. Si l'on entend prolonger jusqu'en instance de recours la situation aménagée par les articles 47ss. CPCN, force est d'admettre que l'intérêt de l'intervenant est à la mesure du grief que le jugement cause à la partie assistée. Il en va de même, de façon plus logique, lorsque le dénoncé participe au procès en tant que représentant du dénonçant.

L'intimé doit avoir un intérêt pour défendre, lit-on parfois¹⁶². Cela signifie que seul l'adversaire qui bénéficie personnellement et directement de la condamnation peut être intimé. Faut-il en déduire que tout transfert du droit ou de l'obligation litigieux, survenu après le jugement, entraîne la caducité de cet intérêt chez l'aliénateur? Il n'en est rien. Les conséquences profitables du jugement ne s'épuisent pas dans l'octroi des conclusions se rapportant à telle prétention, tel objet déterminé. Elles s'étendent au

161 Guldener, ZPR, p. 368 n. 34, résout la question autrement: puisque aucun recours n'est ouvert au demandeur qui a cru par erreur déférer l'intégralité de son droit en justice, écrit-il, il se justifie de lui accorder la possibilité de renouveler sa demande.

162 Schüpbach, cassation, p. 245.

contraire à la cristallisation d'un état de droit derrière lequel l'adversaire peut se réfugier pour s'opposer à toute demande qui se heurterait à l'effet principal ou préjudiciel de la chose jugée. De même, l'intimé bénéficie, quoi qu'il ait pu advenir du droit litigieux, de la décision sur frais et dépens afférente au jugement attaqué.

Un mot encore de l'intérêt dans le temps. Affecté par des facteurs étrangers à la personne des parties, l'intérêt peut naître et disparaître en tout temps. Or le droit à la protection juridique doit exister tout au long de la procédure de recours. S'il s'éteint avant que l'autorité ne statue, le recours sera déclaré irrecevable¹⁶³. Le recours interjeté prématurément devrait l'être également, en bonne doctrine, l'intérêt n'existant pas à la date de son dépôt. Le principe est juste, mais trop absolu. Supposons par exemple que le défendeur à une action en octroi d'un passage nécessaire succombe, puis vende son immeuble. Il se révèle par la suite que le droit de passage a été obtenu frauduleusement. L'acquéreur recourt contre le jugement, croyant à tort être inscrit au registre foncier. N'étant pas encore propriétaire, il n'a ni qualité, ni intérêt. Ce serait pourtant faire preuve d'un formalisme exagéré que de refuser l'entrée en matière, quand bien même l'inscription serait intervenue peu après le dépôt du recours. Il convient de s'inspirer sur ce point de la jurisprudence relative à la recevabilité du pourvoi en cassation interjeté avant que le délai de recours ait commencé à courir¹⁶⁴. Le recourant a donc la possibilité d'établir son intérêt, né en cours d'instance en revision, mais avant l'échéance du délai de recours. Cette dernière restriction s'impose. Y renoncer reviendrait à prolonger indirectement le délai de recours.

III. Les conditions objectives de recevabilité

1. Compétence

En droit neuchâtelois, la revision est la voie de rétractation type. Le recours doit être adressé à la juridiction qui a prononcé le jugement attaqué, en vertu de l'article 406 CPCN. Cette disposition a une portée générale. Elle vise l'ensemble des autorités appelées à statuer sur des contestations civiles, quand bien même le caractère lacunaire des articles 407 et 408 CPCN pourrait éveiller un doute à ce sujet. Les tribunaux matrimoniaux fonctionnent donc également comme juridiction de recours, ainsi que les tribunaux ré-

163 RJN 1980-1981 p. 91.

164 RJN 71 351-352.

pressifs prononçant sur l'action civile jointe au procès pénal. L'article 406 CPCN est impératif. Il n'appartient pas aux parties de soustraire la demande à la connaissance du juge désigné par une disposition d'ordre public. Dans certains cas, une demande de récusation pourra se révéler nécessaire ou opportune – ainsi, par exemple, en cas de prévarication – mais il s'agit là d'une autre question.

La compétence pour statuer sur le rescindant est fonction de l'autorité dont émane l'acte attaqué. Tout procès est émaillé d'une série de décisions qui peuvent être rendues par des juridictions distinctes. Une ordonnance de preuve à futur ou de mesures provisoires ne sera pas nécessairement rendue par le juge du fond. Tel point litigieux pourra être porté devant la Cour de cassation, le Tribunal cantonal, voire le Tribunal fédéral, avant que le litige ne trouve son épilogue devant un juge qui ne sera pas toujours celui devant lequel la litispendance avait été créée. Malgré la multiplicité des décisions qui marquent l'évolution d'une instance, même élémentaire, le principe de compétence est simple, s'agissant de la revision: sur le plan cantonal, la demande en revision doit être portée devant le juge du fond¹⁶⁵. Au niveau fédéral, le recours est du ressort du Tribunal fédéral. La question délicate n'est pas, dans la règle, de savoir à qui s'adresser; elle est de savoir contre quel acte le recours doit être dirigé, autrement dit, en droit neuchâtelois, ce qu'il faut entendre par un jugement au fond. Ce thème sera au centre du chapitre suivant.

Certains problèmes sont pourtant spécifiques à la compétence: un événement imprévu s'en vient parfois contrarier l'application normale des règles qui la déterminent. Il se peut aussi qu'une modification de l'organisation judiciaire survienne entre le prononcé du jugement et l'interjection du recours, privant le juge de sa compétence pour prononcer au fond. La même difficulté se présente lorsque le recourant entend modifier ou amplifier ses conclusions originaires, dans une mesure telle que le fond de la cause échappe à la compétence du juge du recours.

165 Quant à savoir dans quelle composition l'autorité de recours statuera (art. 10 OJN), il ne s'agit pas d'un problème de compétence (comp. RJN I 1 167). On pourrait être tenté d'appliquer l'art. 10 al. 2 OJN («Le jugement est rendu par le Tribunal matrimonial, ou en cas d'acquiescement ou de défaut, par le président») par analogie au jugement rescindant. En revanche, la composition dans laquelle le tribunal avait prononcé l'acte attaqué semble devoir rester sans influence sur celle de l'autorité de recours. C'est du moins ce qu'a décidé, implicitement, le Tribunal du district de Neuchâtel (jugements du 16 avril 1976, S. c. B. et du 15 novembre 1977, B. c. S., confirmé par le Tribunal cantonal le 1^{er} mai 1978; comp. aussi ATF 93 II 152 B).

Pour résoudre ces questions, il faut évoquer préalablement la compétence pour statuer sur le rescisoire. Celle-ci est définie implicitement par l'article 410 CPCN, qui dispose: «si le tribunal estime qu'il y a lieu à revision, il annule le jugement attaqué (...) et (...) il statue sur le fond même de la contestation». Le juge du rescisoire est donc en principe le juge du rescindant. L'article 407 CPCN, en revanche, déclare la procédure du recours en cassation applicable aux demandes portées devant le Tribunal cantonal. Le libellé de cette disposition peut donner à penser que le Tribunal cantonal est censé pratiquer le renvoi, au même titre que la Cour de cassation. Telle n'était pourtant pas, selon toute vraisemblance, l'idée du législateur. La teneur de l'article 407 CPCN s'explique par des raisons historiques. Le Code de 1876 ouvrait le recours dans les mêmes hypothèses que la loi actuelle, mais connaissait également quelques ouvertures atypiques, qui correspondaient en réalité à des motifs de nullité. Or les demandes fondées sur de telles ouvertures devaient être portées devant la Cour d'appel, qui les instruisait et les jugeait en la même forme que le pourvoi en cassation (article 411 CPCN 1876). En revanche, les ouvertures à revision typiques devaient être invoquées devant le juge de première instance, la procédure ordinaire étant applicable (article 412 CPCN 1876). La Cour d'appel fut abolie par la Loi modifiant l'organisation judiciaire, du 23 novembre 1882, qui institua par ailleurs le Tribunal cantonal. Le Code du 29 novembre 1906 abandonna les ouvertures atypiques. La règle de procédure renfermée par l'article 411 CPCN 1876 perdit ainsi doublement sa raison d'être, ce dont le Grand Conseil ne semble pas s'être aperçu, pas plus que le Conseil d'Etat: «nous n'avons rien changé à ce qui existe maintenant; nous avons simplement supprimé (...) trois causes de revision (...). Comme seules les demandes fondées sur l'une ou l'autre de ces causes étaient soumises au Tribunal cantonal et non pas au tribunal qui avait rendu le jugement, il s'ensuit que ce sera ce dernier qui statuera toujours sur la revision»¹⁶⁶. Le Conseil d'Etat a donc proposé au Grand Conseil l'adoption d'une disposition – l'article 391 du projet, devenu l'article 395 CPCN 1906, puis 407 CPCN 1925 – taillée à la mesure d'un effet dévolutif¹⁶⁷ disparu, sans réaliser que le Tribunal cantonal n'était pas, par rapport à l'acte attaqué, dans la même relation que la Cour d'appel à laquelle il avait succédé. A vrai dire, cette maladresse engendre plus de difficultés sur le plan de la procédure proprement dite qu'en ce qui concerne la compétence. Lorsque le Tribunal cantonal a fonctionné

¹⁶⁶ BGC 70 p. 62–63.

¹⁶⁷ Au sens purement hiérarchique, cf. *supra*, p. 61–62.

comme juridiction unique, un renvoi après rescision est exclu. L'article 407 CPCN ne donne certainement pas à cette autorité le pouvoir de déroger, par un «arrêt de renvoi», aux règles de compétence posées par la loi. En tant que cour d'appel, en revanche, le Tribunal cantonal est libre de renvoyer le fond devant le tribunal de district¹⁶⁸. Rien ne s'oppose à ce qu'il procède également ainsi après avoir annulé l'un de ses propres jugements au fond. Bien au contraire, une telle pratique ménagerait aux parties le bénéfice du double degré de juridiction. Sur ce point, l'inattention du législateur vient en quelque sorte à l'encontre des intérêts des plaideurs.

Le même principe vaut lorsque la Cour de cassation statue comme instance de revision. Encore faut-il, pour qu'un renvoi se conçoive, que la Cour ait prononcé sur le fond du litige, et non seulement sur le droit à la cassation du jugement. Les tribunaux de district ne sauraient en effet se substituer à la Cour de cassation pour casser leurs propres jugements, en application de l'article 393 CPCN.

Sous cette double réserve, les articles 406 et suivants CPCN ne laissent pas entrevoir de dérogation au principe selon lequel l'autorité de recours est compétente pour prononcer au fond¹⁶⁹. Faut-il en déduire que le recourant n'est pas admis à prendre au fond des conclusions que l'autorité de recours n'aurait pas la compétence d'accueillir? L'affirmer équivaldrait à restreindre le droit de recours dans une mesure peu équitable, d'autant que le Code de procédure prévoit, en d'autres circonstances comparables, le transfert d'une cause pendante d'une juridiction à une autre^{169bis}. Si la demande en revision est fondée, il appartient à notre avis au juge du recours de rétracter son jugement, puis de décliner sa compétence et de transmettre le dossier au juge compétent, en application analogique de l'article 6 CPCN. Si la modification des conclusions touche uniquement la compétence territoriale, le tribunal ne sera tenu de se dessaisir du litige que si l'intimé déclina valablement sa compétence avant de procéder au fond¹⁷⁰. On le verra plus loin, la rétractation du jugement emporte renaissance de la litispendance¹⁷¹. C'est donc à la date de l'introduction de la demande originaire qu'il faut se placer pour apprécier la compétence du tribunal.

168 RJN 11 164ss.; 41 146.

169 On peut toutefois concevoir que la composition du tribunal ne soit pas la même (art. 10 OJN); ainsi, par exemple, si l'intimé acquiesce à la demande principale après avoir succombé au stade du rescindant.

169^{bis} Art. 6, 168 al. 3, CPCN; cf. aussi l'art. 82 CPCN, implicitement.

170 Art. 15 CPCN.

171 Comp. GVP 1952 N° 32, p. 50, implicitement: «Nicht massgebend ist für die Zuständigkeit im Revisionsverfahren, ob die Tatsachen, welche den örtlichen Gerichtsstand im ersten Verfahren begründet haben, immer noch bestehen»

Le principe du rétablissement antérieur doit également présider à l'interprétation des dispositions transitoires relatives à une modification de l'organisation judiciaire affectant la répartition des compétences en matière civile. Il est admis qu'une telle modification n'atteint pas la compétence pour statuer sur le rescindant¹⁷². Quant au rescisoire, les avis sont partagés. Pour B. Rust, il est du ressort du tribunal anciennement compétent¹⁷³. HP. Marti exprime l'avis contraire¹⁷⁴. Le point de vue de B. Rust nous paraît préférable en principe, le législateur neuchâtelois retenant – pour l'heure – la règle selon laquelle une procédure commencée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle reste soumise au droit antérieur¹⁷⁵. Une impossibilité peut toutefois se présenter: la cause restant en quelque sorte en sommeil pendant une durée variable, il se peut que la juridiction compétente en principe soit abolie entre le jugement et le dépôt du recours. Force est alors d'introduire le recours auprès de l'autorité qui l'a remplacée.

2. *L'acte attaquant*

A. *Le jugement au fond*

La loi ouvre la révision contre les jugements «au fond». Est attaquant le jugement que le tribunal a rendu, non pas celui qu'il aurait dû rendre¹⁷⁶. Cependant, la qualification erronée de l'acte ne prive pas les parties de leur droit de recours. C'est bien son contenu qui est décisif¹⁷⁷.

On entend par jugement au fond l'acte juridictionnel qui tranche sur le fond d'une prétention déférée en justice. Le jugement au fond peut être préparatoire, partiel (Teilendurteil) ou final (Vollendurteil). Il suppose la constatation de la validité de l'instance, d'une part, et du fait que la prétention contestée est pourvue d'action, d'autre part. Dans la règle, le jugement au fond final épuise l'action. Exceptionnellement, celle-ci survit au prononcé du jugement, comme par exemple dans le cas de l'article 46 al. 2 CO. Le jugement partiel met un terme à une fraction du litige, de façon définitive¹⁷⁸. Le jugement préparatoire se rapporte à une question qui doit être résolue préalablement à la question principale¹⁷⁹.

172 Rust, p. 166; HP. Marti, p. 57; § 3 Einführungs- und Übergangsbestimmungen ZH.

173 P. 166.

174 P. 57.

175 Art. 557 CPCN; art. 4 de la Loi portant révision du code de procédure civile (CPC) et de la loi concernant l'introduction du code civil suisse (LCCS), du 17 décembre 1984; cf. aussi Schoch, p. 57 ss.; Extraits 1960 p. 119 ss.; 1956 p. 111 ss.

176 Zweifel, p. 8.

177 Guldener, ZPR, p. 491; Anastasi, p. 59; comp ATF 101 II 378-379.

178 Exemple: le tribunal fixe une indemnité pour tort moral par un jugement séparé.

179 Exemple: le tribunal statue séparément sur le principe de la responsabilité.

La décision relative à l'instance ou à l'action seule ne concerne pas le fond, mais elle peut, pratiquement, avoir un effet équivalent. La perte de l'action paralyse la prétention. L'irrégularité de l'instance entraîne parfois la perte de l'action, si l'instant fait preuve de négligence¹⁸⁰. Ce phénomène a influencé l'évolution de la jurisprudence et de la législation relatives à la recevabilité du recours en réforme au Tribunal fédéral, qui méritent un bref détour.

L'article 58 OJF 1893, dont la teneur, sur ce point, remonte à la Loi sur l'organisation judiciaire de 1874, ouvrait l'ancêtre du recours en réforme contre les «jugements au fond». Dès l'origine, le Tribunal fédéral a reconnu le caractère de jugement au fond aux actes qui, sans statuer directement sur le fond, avaient pour effet d'écarter définitivement la prétention de droit matériel. Lors de l'adoption de l'actuelle Loi d'organisation judiciaire fédérale, le législateur a retenu, à l'article 48 OJF, l'expression «jugement final», plus large, si l'on s'en tient à son sens littéral, que la locution correspondante de l'ancien droit. Cette modification a partagé la doctrine, s'agissant de la volonté d'extension apparemment manifestée dans la loi¹⁸¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral a elle-même oscillé, avant de se stabiliser dans la ligne tracée à la fin du siècle passé, ainsi résumée par A. Wurzbürger: «le recours en réforme doit être recevable une fois, mais une fois seulement. Une décision finale porte sur le fond du droit ou, sans que cette hypothèse soit réalisée, a un effet identique»¹⁸². En d'autres termes, c'est la perte de l'action qui constitue le critère décisif en vertu duquel le recours en réforme est ouvert ou fermé, toutes autres conditions de recevabilité réunies par ailleurs. Cette déchéance est envisagée concrètement. Par exemple, le recours en réforme n'est pas recevable, en principe, contre un jugement admettant l'exception de litispendance¹⁸³. Le Tribunal fédéral entre cependant en matière lorsque le recourant risque d'encourir une péremption d'action avant l'extinction de l'instance parallèle¹⁸⁴.

En disposant que le recours en révision doit être dirigé contre un jugement au fond, le législateur a de toute évidence voulu exclure la remise en question d'une décision intermédiaire portant sur un point de procédure. On se rappelle que le vice fondant la révision n'est pas immédiatement per-

180 Cf. ATF 104 Ia 110-111; 87 I 68; comp. art. 83 CPCN.

181 Wurzbürger, p. 181 n. 23, 24.

182 P. 181; cf. aussi Birchmeier, p. 162; Guldener, ZPR, p. 542 n. 10; Stachelin, Berufung, p. 25; Balmer, p. 412 ss.; ATF 101 II 362; 100 II 287.

183 Guldener, ZPR, p. 542; Stachelin, Berufung, p. 25; Wurzbürger, p. 186; contra, Wurzbürger, in RDS 1975 II 96.

184 ATF 98 II 154-155.

ceptible, d'où la longueur du délai de recours. Les ouvertures à revision se différencient sur ce point des ouvertures à cassation. Autoriser la cassation immédiate d'une décision intermédiaire est une mesure d'économie. Cela évite que le procès suive une mauvaise direction. Autoriser la revision d'une telle décision après le prononcé du jugement final, ce serait desservir le même principe d'économie, dans la mesure où l'acte intermédiaire devrait être examiné pour lui-même, sans égard à la solution donnée au litige. Sur ce point, le choix du législateur s'explique et se justifie pleinement. D'autre part, le Grand Conseil n'a probablement pas voulu tolérer en principe la revision d'un jugement processuel. Dans la majorité des cas, une telle décision ne confère pas à l'un des plaideurs la faculté de s'opposer à ce que son adversaire obtienne un jugement au fond. Or, selon une optique répandue, la revision n'est pas nécessaire lorsqu'il est possible d'obtenir en substance un résultat équivalent, par un autre moyen, et en particulier par une nouvelle demande. Autrement dit, refuser la revision d'une décision d'irrecevabilité ne revient, dans la règle, qu'à rendre irrévocable la décision sur frais et dépens qui s'y attache. L'opportunité d'un tel choix se discute, mais on ne peut nier que le législateur l'a fait. Il serait surprenant, en revanche, qu'il ait entendu exclure la revision lorsqu'une décision qui ne porte pas sur le fond produit en fait un effet identique. L'impossibilité d'obtenir un jugement au fond lèse le justiciable dans la même mesure, pour le moins, que le prononcé d'un jugement «erroné en fait». Une interprétation relativement souple de la notion de jugement au fond s'impose d'autant plus que le Tribunal cantonal en a lui-même une conception extensive, lorsqu'il statue sur appel¹⁸⁵. Il considère en effet que le jugement rescindant est susceptible d'appel¹⁸⁶, alors que, de l'avis du Tribunal fédéral, une telle décision ne porte que sur un point de procédure¹⁸⁷. La pratique du Tribunal cantonal révèle implicitement l'idée que le rescindant a pour objet le fond du droit de recours, ce qui est juste à notre avis. Plus large, sur ce point, que celle du Tribunal fédéral, elle autorise l'adoption, en droit neuchâtelois, du concept élargi de jugement au fond développé par notre juridiction suprême. Le Tribunal cantonal va même encore plus loin: il entre en matière sur l'appel d'un jugement déclarant un recours en revision irrecevable¹⁸⁸. Les remarques qui précèdent ne concernent certes que l'appel, mais si le législateur avait entendu donner à l'expression «jugement au fond» un sens différent à l'article 403 et à l'article 375 CPCN, il aurait certainement trouvé les mots pour le dire.

185 Art. 375 CPCN.

186 RJN 71 159.

187 Cf. *infra*, p. 286 ss., 309.

188 ATF 93 II 152 lettre C.

La procédure suivie par le juge (accélérée, sommaire, ordinaire) est en principe indifférente, s'agissant des effets de l'acte auquel elle prélué. Les procédures simplifiées offrent au justiciable des garanties plus faibles que la procédure ordinaire, mais le législateur ne tire pas partout la même conséquence de cet état de choses. La procédure bernoise exclut la revision d'un jugement ou d'une décision issus d'une procédure sommaire, «weil bei ihnen, legen sie doch materiellrechtlich meist nicht Endgültiges fest, ein Bedürfnis für solche Neubeurteilung nicht besteht»¹⁸⁹. Le législateur zuricois, en revanche, a introduit en 1976 le principe général selon lequel les jugements rendus en procédure sommaire bénéficient de l'autorité de la chose jugée, solution qui ne s'imposa d'ailleurs pas sans mal¹⁹⁰. Cette extension trouve son corollaire dans le § 299 ZPO, qui ouvre plus largement qu'en procédure ordinaire la revision des décisions résultant d'une instruction sommaire. La jurisprudence neuchâteloise confère l'autorité de la chose jugée aux décisions de mainlevée d'opposition¹⁹¹. Cela ne justifie pas pour autant l'admission générale du recours en revision contre ce type de décision, dont l'autorité est limitée au contentieux du droit des poursuites. Il convient plutôt d'examiner si le justiciable dispose d'une voie de droit ordinaire propre à lui donner satisfaction, telle que l'action en libération de dette ou en restitution de l'indû, qui donneront lieu, elles, à un jugement au fond. A défaut, et notamment si la cause de revision se révèle après l'échéance du délai fixé pour agir au fond, la revision doit être accordée à notre avis. Il serait en effet peu raisonnable de punir le plaideur qui s'est incliné devant la décision de mainlevée plutôt que de courir à l'échec en introduisant une action au fond sans disposer des preuves nécessaires¹⁹². La revision doit être ouverte, a fortiori, contre les jugements, issus d'une procédure spéciale, qui sont dotés d'une autorité complète et qui privent le juge ordinaire de sa liberté de décision¹⁹³, sinon de la compétence pour examiner ou réexaminer le fond.

En résumé, le jugement au fond de l'article 403 CPCN ne constitue pas nécessairement un acte apte à bénéficier de l'autorité de la chose jugée.

189 Kummer, Grundriss, p. 210; cf. aussi HP. Marti, p. 62 n. 32.

190 § 212 ZH; Rust, p. 163; Sträuli/Messmer, n. 2 ad § 212 ZPO.

191 CCC VI 183ss.

192 Pour la situation comparable de la partie qui a connaissance d'un fait, mais qui ne l'allègue pas, faute de pouvoir le prouver, cf. Bally, p. 23; HP. Marti, p. 22; Rust, p. 102; Leuch, p. 347; comp. Zweifel, p. 19; ATF 98 II 253-254; 61 II 362; 39 II 441-442; 31 II 806-807.

193 Wurzbürger, p. 194 n. 106; Vogel, ZPR, p. 247.

Il suffit qu'il mette le recourant dans une situation équivalente, c'est-à-dire qu'il implique la perte effective de l'action ou du droit déféré en justice.

Il n'est évidemment pas possible de dresser un catalogue complet des décisions susceptibles de revision, car seul un examen de l'ensemble des circonstances permet d'affirmer ou de nier cette propriété dans un cas particulier. Les pages qui suivent indiqueront une ligne générale valable pour les divers types de décisions entrant en considération. La classification adoptée s'inspire, partiellement, de la systématique du CPCN.

B. Cas particuliers

a) L'acte de juridiction gracieuse

Les actes de juridiction gracieuse ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée et peuvent en principe faire l'objet d'une demande de reconsideration¹⁹⁴. Cependant, la ligne de démarcation traditionnelle, et formelle, qui sépare la décision gracieuse de l'acte de juridiction contentieuse, tend à s'effiloche en raison de la gradation nuancée qui mène de l'acte administratif par nature à l'acte essentiellement juridictionnel¹⁹⁵. Une étude concrète de cette progression sortirait des limites de ce travail. Signalons tout de même un récent revirement de jurisprudence de la Cour de cassation: «il convient d'admettre dorénavant le recours en cassation contre toute décision des tribunaux de district, même de nature non contentieuse, sauf dans le cas où la loi exclut clairement tout recours ou prévoit expressément une autre voie de recours cantonale»¹⁹⁶. Ce point de vue, exprimé en termes généraux, remplace une jurisprudence hésitante et imprécise dont H. Schüpbach retrace l'évolution dans sa thèse¹⁹⁷. Il faut se garder d'en étendre les retombées au recours en revision: si les deux instruments sont extraordinaires au sens technique du terme, le recours en cassation se distingue de la demande en revision en ce qu'il est ouvert très largement, si l'on réserve son caractère subsidiaire. Aux termes de l'article 393 CPCN, le recours en cassation est en effet recevable contre les décisions et jugements des tribunaux de district, sans autre précision. La Cour de cassation avait donc d'excellentes raisons de déclarer entrer en matière, à l'avenir, sur des pourvois dirigés contre des actes de juridiction gracieuse, car il s'agissait là, à l'époque du revirement de jurisprudence, de la seule catégorie de décisions émanant d'une

194 Guldener, *freiwillige Gerichtsbarkeit*, p. 61-62; Birchmeier, p. 161.

195 Guldener, ZPR, p. 45; Habscheid, DJP, p. 86-87; Schüpbach, *cassation*, p. 225 ss.

196 RJN 1980-1981 p. 94.

197 *Cassation*, p. 231 ss.

autorité inférieure non susceptibles d'un recours cantonal. Or le droit de la revision suppose l'existence d'un jugement au fond. Si l'on se reporte à la définition esquissée plus haut, l'assimilation d'un acte de juridiction gracieuse à un jugement au fond n'entre en considération qu'à une double condition: il faut d'abord qu'il affecte les intérêts et les droits des parties; il faut ensuite que le juge soit privé de sa liberté de reconsidérer la décision qu'il a rendue sur le plan du fait. Cette double restriction se justifie déjà par l'exigence d'un intérêt pour recourir.

b) Le jugement sur moyen préjudiciel

Le jugement sur moyen préjudiciel est un jugement séparé régi par une réglementation spécifique. Seules seront évoquées ici les questions particulières suscitées par ce type de décision. Au reste, les développements consacrés au jugement séparé valent également pour le jugement préjudiciel.

Le Code de procédure énumère huit moyens préjudiciels. Selon la jurisprudence, la liste figurant à l'article 162 CPCN est limitative, tous les autres moyens d'attaque et de défense étant considérés comme des moyens de fond¹⁹⁸. Cela signifie que le tribunal est en principe appelé à trancher ces derniers dans son jugement au fond, à moins qu'il ordonne, en ce qui les concerne, une instruction séparée. Il faut également réserver les authentiques fins de non-recevoir, soit les circonstances qui s'opposent au prononcé d'un jugement au fond par le tribunal saisi, sans égard à la passivité éventuelle du défendeur¹⁹⁹. La classification adoptée par le législateur est partiellement dépassée, bien qu'elle repose sur un principe juste: «les [moyens préjudiciels] se basent sur le droit de procédure; les [moyens de fond] – qu'ils tendent à contester le droit du demandeur ou à opposer une exception de droit civil péremptoire ou dilatoire – se fondent sur le droit civil. Par les premiers, le défendeur ne cherche qu'à échapper à l'obligation de répondre à la demande telle qu'elle a été introduite, de suivre en cause et de discuter la réclamation du demandeur; il ne vise qu'à faire annuler ou suspendre l'instance ouverte contre lui. Par les seconds, le défendeur cherche à se soustraire à la condamnation requise contre lui, à faire écarter et déclarer sans fondement les conclusions prises contre lui dans la demande. Les premiers tendent à faire déclarer l'action mal formée; les seconds tendent à la faire

198 RJN 5 I 193-194; ATC VII 424; CCC V 492; BGC 70 p. 31 ss., 34.
199 Art. 7 CPCN; cf. toutefois art. 11 OJN.

déclarer mal fondée»²⁰⁰. En d'autres termes, le législateur entendait grouper sous la notion de moyen préjudiciel les défenses dirigées contre l'instance, c'est-à-dire sanctionner les conditions d'entrée en matière (Prozessvoraussetzungen). Certaines de ces conditions ont été omises sciemment, telles la capacité d'être partie, d'ester en justice ou la légitimation des représentants légaux²⁰¹. D'autres n'apparaissent pas à l'article 162 CPCN, parce que cette disposition a été édictée sous l'empire d'une théorie de l'instance surannée: que l'on songe à l'exception de chose jugée, dont il est admis aujourd'hui qu'elle tend à démontrer l'absence d'intérêt du demandeur. Certaines enfin paraissent avoir été oubliées, comme l'absence d'immunité de juridiction. Inversement, le moyen tiré de la nullité de la demande n'affecte pas nécessairement la validité de l'instance²⁰². Selon la nature du vice, il se peut aussi que la «demande» ne soit tout simplement pas introductive d'instance. Quant à la nullité de la réponse, elle n'a évidemment aucune influence sur la validité de l'instance.

Formant un ensemble hétéroclite, les circonstances de nature à fonder un moyen préjudiciel ont en commun d'être propres à faire dévier le procès de sa trajectoire normale. La décision qui leur fait suite peut équivaloir à la perte d'une action.

La fraude éventuelle qui induirait une partie à ne pas soulever un moyen préjudiciel entraîne l'application de la règle ordinaire. La partie lésée pourra attaquer le jugement au fond, aux fins d'obtenir l'anéantissement de toute la procédure, jusque et y compris l'exploit vicié par l'abstention obtenue frauduleusement. Le point de savoir si cette omission a influé sur le dispositif relève du fond.

Lorsqu'un moyen préjudiciel a été soulevé, le tribunal peut l'accueillir ou l'écarter.

S'il admet le moyen, le juge rend une décision qui ne concerne pas le fond de la cause, et qui ne met pas toujours un terme à l'instance. Ne portant que sur un point de procédure, le jugement sur moyen préjudiciel n'est pas susceptible de révision en principe. Il faut pourtant réserver, on l'a vu, le cas dans lequel il correspond pratiquement à la perte de l'action, par exemple si celle-ci doit être intentée dans un délai péremptoire. A cette hypothèse peut être assimilée celle d'un exercice de l'action devenu difficile

200 BGC 70 p. 32-33.

201 BGC 90 p. 280.

202 Guldener, ZPR. p. 222.

ou aléatoire: supposons par exemple que le demandeur au moyen préjudiciel, ayant décliné avec succès la compétence ratione loci du tribunal, transfère son domicile ou tout autre facteur de rattachement lié à sa personne à l'étranger, avant que son adversaire ait pu retourner la situation à son avantage. La révision du jugement d'incompétence est admissible. Elle doit l'être également lorsque l'irrecevabilité d'une demande reconventionnelle prive le défendeur à l'action principale d'un for dans le pays. Pour équivaloir à la perte d'une action, il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'admission du moyen préjudiciel mette un terme à l'instance. Exemple: le demandeur au moyen préjudiciel obtient que soit déclarée l'inadmissibilité de l'exception de compensation soulevée par le défendeur au principal²⁰³. Si la créance compensante est prescrite, la privation du droit d'opposer compensation, même pour un motif de procédure, équivaut en fait à la perte de la créance elle-même. Le droit d'action n'est certes pas touché, mais l'effet concret du rejet est pratiquement identique. Dans ce cas, comme, d'une manière générale, lorsque le jugement préjudiciel ne met pas un terme à l'instance – en particulier lorsque le moyen est écarté –, les principes valables pour la révision d'un jugement sur moyen séparé s'appliquent.

c) *Le jugement séparé.*

Dans une acception large, la qualité de jugement séparé peut être attribuée à toute décision ou ordonnance qui achemine la contestation vers sa solution, qu'il s'agisse d'actes d'administration judiciaire, de décisions provisoires ou de décisions relatives à l'instruction. Au sens étroit, le jugement séparé porte sur les «moyens de fond proposés par les parties»²⁰⁴; vu le caractère lacunairement limitatif de l'article 162 CPCN, les «moyens de fond» groupent également une portion du contentieux de l'instance. Il ne sera question ici que des jugements séparés au sens étroit.

L'instruction et le jugement séparés de certains moyens et conclusions se justifient par d'évidents motifs d'opportunité. Il serait en effet peu expédient de laisser les parties en découdre pendant des mois sur un problème juridique complexe, si la résolution de l'un de ses aspects suffit à précipiter le dénouement du procès. La liberté laissée au juge par l'article 195

203 Comp. RJN 1980-1981 p. 103. La solution reprise dans cet arrêt est astucieuse: le tribunal incompétent pour prononcer sur une exception de compensation doit statuer sur la demande principale et suspendre l'effet exécutoire de son jugement, avec délai au défendeur pour agir devant le tribunal compétent.

204 Art. 195 al. 1 CPCN.

al. 2 CPCN contrebalance la rigueur de la règle générale en vertu de laquelle les moyens de fond proposés par les parties sont instruits cumulativement, tout comme elle atténue les conséquences insatisfaisantes résultant de la lettre trop étroite de l'article 162 CPCN.

Le jugement séparé peut mettre un terme à la contestation, la reporter sur d'autres points litigieux, que le juge examine séparément ou en bloc, ou encore l'abréger indirectement en provoquant un acquiescement, un désistement ou une transaction.

Le jugement séparé qui met un terme à l'instance peut être de procédure (le demandeur n'a par exemple pas qualité pour agir) ou de fond (l'exception de prescription soulevée par le défendeur est déclarée fondée). Il est attaquant s'il exclut le renouvellement du litige.

Le jugement séparé qui laisse subsister certains aspects de la contestation peut être partiel ou préparatoire. Il est partiel s'il s'étend à une part divisible du litige. Il est préparatoire lorsque la solution de la question qui reste à juger dépend de son contenu. La loi est muette sur les effets des deux catégories d'actes, qui ne sont d'ailleurs pas toujours nettement distinguées en doctrine.

Si l'on réserve le qualificatif de jugement partiel à la décision qui met fin définitivement, et de façon indépendante, à une partie de la contestation, il se justifierait de traiter les actes de ce type comme des jugements pleinement efficaces en eux-mêmes et par eux-mêmes. Si par exemple le tribunal statue séparément sur la prétention que le demandeur tire du tort moral qu'il a subi, avant de se prononcer sur la réparation du dommage matériel, le bon sens recommanderait d'y voir une clôture partielle de l'instance. Les deux prétentions pourraient en effet parfaitement faire l'objet de procès distincts, sauf à suspendre l'un jusqu'à la clôture de l'autre (article 162 lit. e CPCN). En conséquence, l'entrée en force du jugement obéirait à la règle ordinaire, les voies de recours étant ouvertes sans égard au caractère partiel du prononcé.

Le statut du jugement préparatoire est plus difficile à cerner: un tel acte se présente comme un filtre qui a pour effet d'épurer le débat, sans que l'issue définitive du litige apparaisse certaine pour autant. Il bénéficie, dans tous les cas, de la force obligatoire intraprocédurale, ce qui interdit au tribunal de revenir sur ces dispositions lors du prononcé du jugement final. Quant à son aptitude à être revêtu de la chose jugée, elle est variable. Si le

jugement préparatoire concerne une question préalable, qui ne fait pas l'objet du procès, il acquiert en fait valeur de motif. Exemple: saisi d'une demande tendant à l'exécution d'un contrat, le tribunal examine séparément si le défendeur était capable de discernement lorsqu'il s'est prétendument obligé. Il se peut toutefois que la même décision ait un caractère à la fois préparatoire et partiellement final, auquel cas le dispositif du jugement intermédiaire est propre à acquérir l'autorité de la chose jugée. Exemple: le tribunal prononce la dissolution d'une société et réserve un complément d'instruction, s'agissant d'une conclusion en attribution d'une part de liquidation.

Pour les causes susceptibles de recours en réforme au Tribunal fédéral, l'organisation judiciaire fédérale prévoit un régime identique selon que le jugement incident est partiel ou préparatoire: en principe, le recours en réforme immédiat est recevable contre une décision incidente, lorsque les points non jugés sont renvoyés à un autre procès et qu'une nouvelle procédure doit être introduite²⁰⁵. Si tel n'est pas le cas, il est déclaré recevable également lorsqu'une décision finale peut ainsi être provoquée, qui limite la durée et les frais de la procédure probatoire en instance inférieure²⁰⁶. Le recourant reste néanmoins libre de n'attaquer la décision incidente qu'à travers le jugement final²⁰⁷. Les jugements partiels et préparatoires n'entrent ainsi en force, dans la règle, qu'en compagnie du jugement final. Cette solution ne s'imposait pas de façon évidente, mais elle procède du principe selon lequel le Tribunal fédéral ne se penche, dans la règle, qu'une fois sur la même cause en instance de réforme. De plus, elle préserve les droits du justiciable, qui pourrait se trouver confronté à de délicats problèmes de qualification, si la possibilité de recourir immédiatement excluait un recours ultérieur. La réglementation des articles 48 ss. OJF ne constitue d'ailleurs qu'un indice, au regard de la possibilité d'interjeter un recours en revision contre un jugement séparé. On a vu que la faculté de former appel ou recours en réforme n'excluait pas la recevabilité du recours en revision dirigé contre un jugement final. A notre avis, l'entrée en force de la décision séparée n'est pas déterminante, quant à sa qualité d'acte attaquant par voie de revision, pas plus que ne l'est son aptitude à bénéficier de l'autorité de la chose jugée de manière indépendante. Il faut se référer plutôt à sa force obligatoire intraprocédurale, c'est-à-dire à son caractère contraignant pour la résolution

205 Birchmeier, p. 167. et les références.

206 Art. 50 al. 1 OJF.

207 Wurzbürger, p. 213.

des questions de procédure et de fond que le jugement final est appelé à trancher. Voici pour quelles raisons:

Une fois le jugement final rendu, diverses attitudes se conçoivent. Le Tribunal cantonal a déclaré que le recours en revision tendait à la «reprise complète d'un procès terminé par un jugement passé en force de la chose jugée»²⁰⁸. On pourrait donc soutenir que les jugements intermédiaires peuvent être anéantis au stade du rescindant, dans la mesure où ils ne bénéficient pas d'une autorité indépendante, sans même que le recourant ait à les attaquer nommément. Le jugement purement préparatoire serait assimilé, quant à son statut procédural, aux décisions relatives à l'instruction.

La solution retenue par la ZPO allemande est également envisageable. Le § 583 ZPO RFA dispose en effet que le recourant peut se prévaloir, dans son recours dirigé contre le jugement final, des motifs de revision qui auraient affecté une décision incidente sur laquelle l'acte attaqué se fonde. Le jugement incident n'est pas entrepris directement: «die Anfechtung erstreckt sich aber kraft Gesetzes gegen die dem Endurteil vorausgegangenen Entscheidungen»²⁰⁹.

On peut enfin considérer que le jugement incident doit être attaqué pour lui-même, séparément du jugement au fond, si la cause de revision alléguée n'atteint le second qu'à travers le premier. Cette dernière solution est la plus correcte en droit neuchâtelois, d'une part parce que la force obligatoire du jugement incident n'est pas susceptible de modalisations comparables à celles qui assouplissent les ordonnances relatives à l'instruction (article 69 al. 2, 323 CPCN), d'autre part, parce qu'aucune disposition de droit cantonal ne permet à l'autorité saisie du recours en revision de s'affranchir de cette force obligatoire. Or la rétractation du jugement final entraîne renaissance de la litispendance, de sorte que le problème de la force obligatoire intraprocédurale se pose dans les mêmes termes que si le motif de revision avait été découvert entre le prononcé du jugement intermédiaire et celui du jugement final. Comme on l'a vu plus haut²¹⁰, les moyens de prévenir un jugement vicié par un motif de revision sont limités en droit neuchâtelois. Ni les facultés offertes aux plaideurs dans le cadre de l'instruction, ni la procédure incidentelle, ni même la réforme, ne leur permettent d'obtenir l'anéantissement du jugement partiel ou préparatoire qui leur fait grief. Ce résultat ne peut être atteint que par l'exercice d'une voie de recours, qui est précisément la revision. Si l'ouverture apparaît en cours d'instance, il serait

208 RJN 7 I 159.

209 Stein/Jonas, n. m. 1 ad § 583 ZPO; Gilles, Systematik I, p. 480.

210 Cf. supra, p. 107 ss.

déraisonnable de contraindre les parties à attendre le prononcé du jugement final pour recourir, pour les raisons exposées plus haut²¹¹. Après l'extinction de l'instance, il serait paradoxal que le tribunal puisse anéantir un acte intermédiaire qui n'aurait pas été attaqué, alors qu'il n'aurait pas pu le faire avant de rendre le jugement final. En conséquence, le jugement partiel ou préparatoire peut être attaqué de façon indépendante, si le motif de revision apparaît avant la clôture de l'instance. Dans l'hypothèse inverse, le jugement partiel peut être attaqué seul, alors que le recours qui ne serait pas dirigé conjointement contre le jugement préparatoire et le jugement final devrait logiquement être déclaré irrecevable faute d'intérêt. Tel est du moins le point de vue soutenu implicitement par HP. Marti²¹² et B. Rust²¹³, qui admettent la nécessité d'un double recours²¹⁴, dans la mesure où le jugement intermédiaire est revêtu de l'autorité de la chose jugée. On peut toutefois se demander si la revision du jugement intermédiaire n'entraîne pas cassation par voie de conséquence du jugement final, ce qui paraît s'imposer lorsque la décision préparatoire émane d'une autorité hiérarchiquement supérieure à celle qui a rendu le jugement final, et en particulier du Tribunal fédéral²¹⁵. La première solution semble plus conforme à la lettre de l'article 403 CPCN. La seconde réalise un traitement uniforme du jugement séparé, quel que soit le juge qui l'a rendu. Elle nous paraît préférable pour cette raison.

Etant donné la relation qui unit le couple de décisions, il est indifférent à notre avis que le jugement préparatoire ne concerne qu'une condition de recevabilité de la demande, ou qu'il se rapporte directement au fond. Dans un cas comme dans l'autre, il prélude en règle générale au prononcé d'un jugement au fond. On peut certes imaginer que la décision préparatoire porte sur un point de procédure – la qualité pour agir est affirmée – et que le jugement final ne soit pas nécessairement de fond – l'absence d'immunité de juridiction n'a pas encore été débattue. En doctrine stricte, un recours en revision contre le jugement préparatoire ne peut être reçu qu'à partir du moment où la nature du jugement final ne fait pas de doute. De même, le grief n'a qu'un caractère virtuel, aussi longtemps que le dispositif du jugement final n'est pas connu. L'intérêt des plaideurs, tout comme celui d'une administration économique de la justice, commande pourtant que le tribunal puisse entrer en matière sur le recours si cette mesure est de nature à écourter le procès et à limiter les frais.

211 Cf. supra, p. 118.

212 P. 61.

213 P. 51–52.

214 Comp. Birchmeier, p. 172; Wurzbürger, p. 214, pour le recours en réforme. Cf. toutefois F. Rüegg, *Das letztinstanzliche kantonale Haupturteil als Voraussetzung für die Berufung an das Bundesgericht*, thèse, Zürich 1942, p. 92, et les références.

215 Art. 144 al. 2 OJF.

La revisibilité d'un acquiescement, d'un désistement ou d'une transaction sera étudiée pour elle-même, mais on observera déjà que le jugement sur moyen séparé a un objet plus restreint que l'acte de disposition qu'il induit. La rétractation d'un jugement n'annihile pas *eo ipso* l'acquiescement, le désistement ou la transaction qui lui a fait suite. Inversement, l'invalidation de l'acte de disposition laisse subsister le prononcé qui en a provoqué la passation. Le reprise du procès sur des bases réajustées suppose donc l'anéantissement de l'un et de l'autre, pour autant que le vice affectant le jugement séparé se soit répercuté sur le comportement du plaideur lésé.

d) La décision relative à l'avancement du procès, y compris le jugement sur incident

Selon la doctrine²¹⁶, les décisions relatives à l'avancement de la procédure (*prozessleitende Erlasse*) peuvent être révoquées par l'autorité qui les a rendues, jusqu'au prononcé du jugement final, quand bien même elles ne pourraient pas ou plus faire l'objet d'un recours. Ce principe a une portée générale, mais il trouve ses limites dans les exigences de la sécurité juridique, illustrées notamment par l'interdiction de porter atteinte aux droits acquis que la décision aurait fait naître en faveur d'une partie ou d'un tiers²¹⁷. Les motifs de révocation varient selon le type de décision, mais il est admis de manière unanime que l'apparition d'une donnée nouvelle justifie la modification ou l'adaptation nécessaire à la manifestation de la vérité. Le CPCN renferme diverses dispositions, relatives à l'instruction, qui participent de ce principe²¹⁸. M. Guldener relève pourtant²¹⁹ à juste titre que la structure de la procédure incidentelle aménagée par quelques codes cantonaux, dont celui de Neuchâtel, confère au jugement incident une force obligatoire intraprocédurale complète. En d'autres termes, le point tranché par un jugement incident ne peut être réexaminé que dans le contexte d'une procédure de recours relative à cet acte. En doctrine stricte, le juge ne saurait donc revenir, au stade du rescisoire, sur le dispositif d'un jugement incident qui n'aurait pas fait lui-même l'objet d'une demande en revision, parallèlement au jugement final. Une telle hypothèse revêt à vrai dire un caractère assez théorique, car elle suppose que l'ouverture à revision affecte le jugement au fond par l'intermédiaire du jugement incident. Elle n'est pour-

216 Guldener, ZPR, p.363; Walder, ZPR, p.309.

217 Haemmerli, p.52ss., et le tableau, p.141.

218 Art.69 al.2, 323, 386 CPCN.

219 ZPR, p.363, n.17.

tant pas exclue en pratique: tel procès porte sur l'exécution d'une obligation contractuelle stipulée par écrit. Le défendeur s'inscrit en faux, affirmant que le contrat produit par son adversaire a été falsifié. Le tribunal, influencé par un faux témoignage ou par toute autre machination frauduleuse, admet l'authenticité du titre et condamne le défendeur. Malgré la lettre trompeuse de l'article 403 CPCN, un recours en revision dirigé contre le seul jugement final serait sans utilité pour le défendeur. Il est vrai qu'il s'agit là d'un point de vue formaliste dont les tribunaux peuvent s'écarter en s'appuyant sur la position de la doctrine moderne en matière de décisions relatives à l'instruction. Il n'en reste pas moins que seule l'admission du recours en revision contre le jugement incident permet, en cours d'instance, de prévenir le prononcé d'un jugement final faussé par la force obligatoire d'une telle décision.

e) L'ordonnance de mesures provisoires

La protection judiciaire provisoire est assurée par les ordonnances de mesures provisoires, conservatoires ou encore provisionnelles. Elle partage la doctrine, qu'il s'agisse de son domaine ou de la matière à laquelle elle doit être rattachée.

Entendue dans son sens le plus extensif, la protection judiciaire provisoire préserve les parties des inconvénients résultant pour elles de la durée du procès²²⁰. Prise dans un sens plus étroit, elle met en œuvre les moyens d'éviter que l'écoulement du temps n'amenuise ou ne rende inutile la protection sollicitée du juge à titre définitif, d'une part²²¹; elle permet d'assurer que les rapports entre les parties, en cours de procédure, ne dégénèrent pas en un bras de fer régi par la loi du plus fort, d'autre part.

Quant à la matière, une tendance, illustrée par I. Meier²²², considère que la protection judiciaire provisoire relève pour partie du droit de procédure et pour partie des voies d'exécution; l'autre, à laquelle se rallie

220 Cf. Meier, Grundlagen, p. 52: «Der e. Rs (einstweiligen Rechtsschutz) ist Nachteilsabwehr durch Risikoverteilung».

221 Cette fonction peut être comprise plus ou moins largement. Pour les uns, la préservation de la preuve entre encore dans la protection judiciaire provisoire, ce qui peut se justifier, si l'on admet que les armes procédurales destinées à assurer le gain du procès contribuent à la consécration de la prétention déférée en justice; cf. Habscheid, DJP, p. 406; Guldener, ZPR, p. 576, implicitement (tel est également notre avis); pour les autres, les mesures relatives à la conservation de la preuve échappent à la protection judiciaire provisoire; Meier, Grundlagen, p. 48-49; Vogel, ZPR, p. 254; Gloor, p. 42-43.

222 Grundlagen, p. 8-9.

O. Vogel²²³, estime qu'elle se rattache directement au droit privé. Le Tribunal fédéral a opté pour un point de vue intermédiaire²²⁴. Peu importe. Pour notre propos, le critère déterminant est autre: peut-on affirmer qu'une ordonnance de mesures provisoires porte sur le fond, autrement dit, qu'elle consacre pratiquement la perte d'une action?

Le fait qu'une mesure provisoire déploie un effet temporaire ne conduit pas, à lui seul, à la conclusion que le droit à la protection judiciaire provisoire n'est pas de fond. Un jugement au fond – au sens classique de l'expression – peut fort bien emporter des effets limités dans le temps. Que l'on songe à une prestation périodique destinée à un enfant mineur. Le Tribunal fédéral estime pourtant qu'une ordonnance de mesures provisoires n'est pas finale, car elle ne met pas définitivement fin au litige principal²²⁵. Sur le plan cantonal, il n'est pas douteux que le législateur a entendu se rallier implicitement à la notion traditionnelle de jugement au fond, liée à la prétention matérielle déduite en justice à titre principal. Une telle limitation ne s'imposait pas, et il n'est pas interdit de s'en affranchir dans certaines limites.

D'une manière générale, les ordonnances de mesures provisoires peuvent être révoquées jusqu'au prononcé du jugement final, si elles se révèlent erronées²²⁶. Les mesures fondées sur le droit fédéral lient le juge qui les a prises dans la mesure voulue par le droit fédéral²²⁷. Lorsqu'une mesure est révoquée ou infirmée par le jugement final, le rétablissement – fictif – de l'état antérieur peut être obtenu par l'intermédiaire d'une action en dommages-intérêts²²⁸, dont le succès concret est lui-même assuré, dans la règle, par le dépôt d'une caution, préalable au prononcé de l'ordonnance. L'article 103 CPCN consacre ce point de vue, sans le dire expressément. On imagine mal en effet l'utilité d'une caution garantissant la réparation du dommage causé par une mesure provisionnelle, si le droit à la réparation lui-même n'est pas reconnu. Dans ces conditions, il apparaît douteux que la décision du juge équivaille à la perte définitive d'un droit. La revision n'apporterait rien de plus au lésé que les voies de droit ordinaires.

223 Probleme, p. 92–93, 99.

224 ATF 103 II 5; 104 II 179.

225 ATF 97 II 187; 86 II 294; 85 II 195; 75 II 95.

226 Guldener, ZPR, p. 583; Walder, ZPR, p. 399; Siräuli/Messmer, n. 2 ad § 293 ZPO; cf. toutefois Meier, Grundlagen, p. 165ss.

227 ATF 101 II 2–3.

228 Gloor, p. 88ss.; Vogel, ZPR, p. 258.

Le droit fédéral aménage lui-même la possibilité d'ordonner des mesures provisoires dans certains domaines, sans mettre une obligation de réparer le dommage éventuel à la charge du requérant²²⁹. Selon H. Sträuli et G. Messmer²³⁰, le droit de procédure cantonal n'est pas libre d'introduire une obligation d'indemnisation qui n'aurait pas été voulue par le législateur fédéral. La question est sans importance au regard de la revision, dans toute la mesure où le juge n'est pas lié par les mesures qu'il aurait prises avant l'introduction de la demande au fond ou en cours d'instance. Supposons qu'il ordonne une inscription provisoire au registre foncier (mesure dite de sûreté, Sicherungsmassnahme) ou l'exécution provisoire d'une obligation de ne pas faire (mesure d'exécution, Leistungsmassnahme), puis rétracte cette décision après avoir constaté que les conditions de son prononcé n'étaient pas réalisées au départ. Sa décision de rétractation déploie les mêmes effets qu'un jugement de revision, que le devoir d'indemniser soit reconnu ou nié. La revision est inutile, car elle n'apporte au juge aucune liberté de décision dont il aurait été privé sans elle.

Il n'en va pas de même, en revanche, des mesures que l'on pourrait appeler pacificatrices (Regelungsmassnahmen), qui n'ont pas un caractère purement conservatoire ou qui n'anticipent pas sur la protection requise à titre définitif. Les mesures pacificatrices sont destinées à organiser en cours d'instance un *modus vivendi* satisfaisant momentanément les intérêts des parties. Le droit à l'obtention de mesures de cet ordre est indépendant de la prétention élevée au fond. Le jugement final n'est pas supposé confirmer ou infirmer l'ordre instauré provisoirement. La mesure pacificatrice fixe définitivement un état des droits et obligations des parties, à dater de son prononcé, sous réserve des modifications rendues nécessaires par l'évolution de la situation²³¹. On peut donc affirmer que les mesures de ce type, et notamment celles que prévoit l'article 145 CC, bénéficient d'une autorité restreinte²³², se traduisant par le fait que le juge n'en peut ordonner la révocation avec effet rétroactif. Il existe, sur ce point, un relatif parallélisme entre le régime applicable aux mesures de l'article 145 CC et celui du jugement de divorce lui-même. Le prononcé d'une mesure pacificatrice correspond donc bien à la perte d'un droit, de sorte que l'inutilité du recours en revision est loin d'être démontrée pour cette catégorie d'actes. Dans le domaine, voisin, de la protection de l'union conjugale, le Tribunal fédéral a laissé les cantons libres d'autoriser la revision d'une ordonnance rendue en application de

229 Art. 145, 961 CC; 31 LMF; comp., en revanche, art. 12 al. 2 LCD; 80 al. 1 LBI.

230 N. 15 ad § 230 ZPO; comp. Gloor, p. 89-90.

231 Bühler/Spühler, n. 437 ss. ad art. 145 CC; Staehelin, Berufung, p. 24.

232 Rust, p. 55; Bühler/Spühler, n. 439, 445 ad art. 145 CC.

l'article 169 CC²³³. B. Rust en recommande l'admission dans l'hypothèse de l'article 145 CC²³⁴. Souscrire à ce point de vue revient pratiquement à introduire par la petite porte une obligation de restitution, voire d'indemnisation à la charge de la partie qui a bénéficié d'une ordonnance viciée par un motif de revision. Nous n'estimons pourtant pas qu'il y ait là une violation des dispositions de droit fédéral qui ne prescrivent pas cette obligation. Par leur nature, les mesures pacificatrices sont nettement plus proches de l'acte juridictionnel ordinaire que des mesures purement conservatoires. Elles portent sur un droit matériel indépendant et produisent un effet comparable à celui d'un jugement au fond. Elles ne se particularisent que par le contexte dans lequel elles viennent à chef. Il n'y a donc pas de raison péremptoire d'interpréter le mutisme du législateur fédéral comme un silence qualifié, pas plus qu'il n'y en a, à notre sens, d'exclure la revision d'une mesure pacificatrice en droit neuchâtelois²³⁵.

f) Les actes de disposition assimilés au jugement

L'acquiescement, le désistement d'action et la transaction judiciaire seront abordés ensemble, car le régime de leur invalidation s'inscrit dans une problématique commune, quand bien même l'identité de nature entre le désistement et l'acquiescement d'une part, la transaction d'autre part, ne fait pas l'unanimité. Cette controverse est sans intérêt, dans le contexte qui nous occupe, car les effets procéduraux des actes de disposition assimilés au jugement n'en dépendent pas.

En tant qu'acte de procédure, l'acquiescement, le désistement et la transaction provoquent directement ou indirectement l'extinction de l'action, lorsqu'ils se rapportent à des droits disponibles. Il ne sera question ici que des actes de ce type. Les actes de «disposition» portant sur un droit indisponible ne sont autres qu'une manière particulière de formuler des conclusions au fond²³⁶. La règle ordinaire s'applique donc en ce qui les concerne, s'agissant de la détermination de l'acte attaquant.

233 ATF 92 II 135; cf. aussi BlzR 62 N° 24; SJZ 1971 p. 261-262.

234 P. 55.

235 Contra, RJN 1984 p. 37-38.

236 Staehelin, *Anfechtung*, p. 286; Hinderling, p. 185; Bühler/Spühler, n. 193 ad art. 158 CC; comp. ATF 93 II 158-159; ATC VII 494. L'indisponibilité affecte essentiellement la vertu extinctive d'instance de l'acquiescement et de la transaction. Il arrive pourtant qu'une partie n'ait pas la liberté de se désister. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une demande en complément du jugement de divorce a été introduite suite à la naissance d'un enfant conçu pendant le mariage; cf. BlzR 58 N° 156; Sträub/Messmer, n. 17 ad § 54, 20 ad § 188, 32 ad § 196 ZPO.

Dans certains systèmes, l'acte de disposition met fin au litige ipso jure. Tel est le cas, notamment, dans le canton de Berne²³⁷, Ailleurs²³⁸, et en particulier dans le canton de Zürich²³⁹, l'extinction de l'instance résulte de l'ordonnance par laquelle le juge prend acte de la volonté manifestée par les parties ou l'une d'elles. Le droit neuchâtelois se rattache en principe à la première tendance²⁴⁰. Une double précision s'impose toutefois.

D'abord, la conclusion d'une transaction judiciaire n'est parfaite, si elle a lieu oralement, que lorsqu'elle est retranscrite au procès-verbal d'audience et signée par le juge et le greffier²⁴¹.

Il faut réserver aussi l'hypothèse dans laquelle le droit ordonne une véritable ratification judiciaire de l'accord exprimé par les parties, que ce soit sous la forme d'un désistement, d'un acquiescement ou d'une transaction (article 158 ch. 5 CC).

Les esprits sont également partagés quant aux effets lointains déployés par le couple acte de disposition/ordonnance de classement. Dans une conception étroite²⁴², son assimilation à un jugement s'arrête à l'effet exécutoire. Dans une conception large, elle s'étend aux autres effets, et notamment à l'autorité de la chose jugée²⁴³. Le droit judiciaire privé neuchâtelois se rattache à la seconde proposition, puisque le désistement et l'acquiescement emportent tous les effets d'un jugement définitif²⁴⁴.

La conception que l'on a des effets de l'acte de disposition détermine indirectement les modalités auxquelles son invalidation est assujettie. Sur ce point, la doctrine²⁴⁵ et la jurisprudence²⁴⁶ révèlent certaines hésitations, pour ne pas dire une relative confusion. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, car un hiatus est difficilement évitable. L'action confère aux plaideurs le droit d'obtenir une décision définitive sur le fond d'une prétention. Une partie ne saurait donc être contrainte à accepter que son action soit vidée de sa substance, par la seule volonté de son adversaire, qui s'accorderait, en se désistant ou en acquiesçant, un nouveau bénéfice de discussion. Le désistement, l'acquiescement et la transaction judiciaire éteignent l'action. Les par-

237 Leuch, p. 345, 386; HP. Marti, p. 62.

238 Cf. Steinmann, p. 113 n. 18.

239 § 188 al. 2 ZH.

240 Art. 89 al. 1 CPCN.

241 CCC VI 277-278.

242 ATF 100 II 28; 80 I 389; 60 II 56ss.; 56 I 226; comp. ATF 105 II 151ss., 277-278, et les références.

243 Habscheid, DJP, p. 283; Vogel, ZPR, p. 169; Bonnard, p. 177-178; Piguet, p. 33-34.

244 CCC V 470; VI 72ss., 128.

245 Cf. par exemple Guldener, ZPR, p. 397-398; Schüpbach, vices, p. 85ss.

246 SJ 1966 p. 300ss.; BJM 1974 p. 50ss.

ties n'ont plus d'intérêt juridique à porter une nouvelle fois en justice la contestation vidée d'autorité privée²⁴⁷. Une très large assimilation au jugement s'impose. Pourtant, l'acte qui procède de l'autonomie privée n'est pas un jugement, et seule une fiction pourrait lui conférer cette nature. La pensée juridique moderne est réticente au mécanisme de la fiction. Une tendance de plus en plus nette s'affirme de surcroît, qui hâte l'abolition du fossé séparant l'acte juridique de l'acte de procédure. Le formalisme procédural s'efface de jour en jour devant une application extensive des principes généraux du droit privé²⁴⁸. La dissociation stricte des facettes matérielle et procédurale d'un même acte (*Doppeltatbestandstheorie*) perd du terrain, et avec elle l'idée qu'un acte de procédure ne puisse être révoqué qu'aux conditions fixées par le droit judiciaire privé. Cette évolution touche en première ligne les causes d'invalidation. Mais même si l'on ne se préoccupe que de ses modalités, il est difficile de proposer une solution satisfaisante à la fois en théorie et en pratique.

Le but auquel tend la procédure d'invalidation étant la continuation du procès, le requérant doit s'en prendre à la barrière qui fait obstacle à la renaissance de l'instance. L'acte de disposition est toujours suivi d'un acte du juge, mais le second n'a pas toujours la même portée par rapport au premier. Une gradation subtile peut mener l'ordonnance de classement, en droit neuchâtelois, du rang de véritable acte administratif de liquidation à celui d'authentique ratification. D'après le Tribunal cantonal, qui reprend en cela une jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral²⁴⁹, la ratification du juge élève la convention sur effets accessoires du divorce au statut d'acte juridictionnel²⁵⁰. L'invalidation a lieu par voie de revision. Force est d'admettre, cependant, que l'annulation du jugement ne rend pas par elle-même la convention inefficace. Autrement dit, l'acte de recours incorpore une déclaration d'invalidation réputée effacer les effets matériels et procéduraux de l'acte de disposition. Faute d'une telle construction, l'intérêt à recourir ne saurait être reconnu. Lorsqu'une ratification – au sens formel – n'est pas requise, un assujettissement complet de l'acte de disposition aux règles d'invalidation du droit privé serait générateur d'insécurité. La doctrine et la jurisprudence classiques préconisent donc une déclaration judiciaire d'inefficacité, provoquée par une action tendant principalement ou exclusivement à cette fin²⁵¹. Dans cette optique, l'activité du juge, contem-

247 Pour cette raison, Vogel, ZPR, p. 169, estime que les effets des actes assimilés aux jugements relèvent du droit fédéral.

248 Sur cette évolution, cf. Schüpbach, vices, p. 61 ss.

249 ATF 60 II 82.

250 RJN 7 I 157 ss.

251 Cf. Walder, *Prozesserledigung*, p. 149, 158 ss.; Schultz, p. 172 ss.; Vogel, ZPR, p. 169; Guldener, ZPR, p. 398.

poraine ou consécutive à l'acte extinctif d'instance, est emportée par l'anéantissement de celui-ci. Cette solution ne présente pas de graves inconvénients pratiques, si l'on considère l'action en annulation ou en déclaration de nullité comme une action procédurale innommée de la compétence du juge saisi originairement²⁵². Elle s'impose même lorsque l'activité du juge se limite à l'enregistrement de l'acte de disposition; ainsi, par exemple, lorsque le magistrat prend acte d'un exploit d'acquiescement non motivé. En revanche, il y a quelque artifice à raisonner de la sorte dans l'hypothèse où les parties concluent une transaction à l'audience, car le juge n'est pas libre d'ordonner la retranscription de celle-ci sans exercer un contrôle, même grossier, sur l'accord intervenu. Seule une convention satisfaisant aux dispositions impératives du droit privé et exprimant la volonté des parties de façon complète et compréhensible peut mettre fin à l'instance²⁵³, et il appartient au juge de vérifier si ces conditions sont réalisées. A cet égard, et comme l'a justement observé le Tribunal civil de Bâle-Ville²⁵⁴, la différence entre la transaction ordinaire et une convention sur les effets accessoires du divorce est ténue, pour ne pas dire inexistante. En conséquence, il conviendrait soit d'assimiler formellement une telle transaction à un jugement, soit, à l'inverse, de considérer la convention sur les effets accessoires du divorce comme une authentique transaction, dans la mesure où elle porte sur des droits disponibles. Pour des raisons de clarté, il nous paraît tout de même préférable de soumettre l'ensemble des actes de disposition non sujets à ratification à un traitement identique, c'est-à-dire à une action en invalidation, et de considérer que l'activité du juge, qu'elle soit constitutive ou d'enregistrement, partage le sort de l'acte²⁵⁵. Quant à la solution retenue par le Tribunal cantonal en ce qui concerne les effets accessoires du divorce, elle a le mérite d'assujettir l'ensemble de la convention, quel que soit son contenu, à une procédure d'invalidation unique.

252 Cf. Schüpbach, *vices*, p. 86; Guldener, ZPR, p. 398-399; *contra*, Schultz, p. 151, 165, 174ss.; Pfirter, p. 117, 122, 176. Cet auteur considère, à tort à notre avis, que l'instance est définitivement éteinte par l'acte de disposition, même si celui-ci est invalidé par la suite; *comp. infra*, p. 290.

253 Pfirter, p. 87-88; Schultz, p. 102-103; Guldener, ZPR, p. 396.

254 BJM 1974 p. 54ss.; cf. aussi Pfirter, p. 61, 116; Staehelin, *Anfechtung*, p. 288.

255 Plusieurs lois modernes ont résolu cette épineuse question de manière élégante: l'inefficacité au regard du droit civil de l'acte de disposition est sanctionnée par un recours en révision dirigé contre l'ordonnance de classement du juge; cf. Steinmann, p. 126 n. 3; Sträuli/Messmer, n. 14 i. f. ad § 293 ZPO; § 278 al. 2 b pTG; § 344 b pAG; art. 73 al. 3 projet Schwartz (RDS 1969 II 287); voir aussi *Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Maximen) 1979 N° 511*, où l'annulation se fait en deux temps: une demande en invalidation de la transaction, puis un recours en révision contre l'ordonnance de classement.

En résumé, un désistement d'action, un acquiescement ou une transaction judiciaire ne peuvent pas, en tant que tels, faire l'objet d'une demande en revision en droit neuchâtelois, s'ils sont pleinement efficaces sans ratification du juge.

g) *L'ordonnance de classement et la décision sur frais et dépens*

Outre les hypothèses que l'on vient d'évoquer, il arrive que le procès perde sa raison d'être faute d'objet, voire de combattants. Le juge rend alors une ordonnance de classement. M. Guldener range l'ordonnance de classement parmi les jugements au fond (Sachurteile) et lui attribue pleine autorité de la chose jugée²⁵⁶. H. Sträuli et G. Messmer se montrent plus réservés, limitant cette assimilation à l'ordonnance qui fait suite à un acquiescement, à un désistement ou à une transaction judiciaire, ce qui correspond à la lettre des § 188 al. 2 et 191 al. 2 ZPO²⁵⁷. Attribuer à l'ordonnance de classement les effets attachés à un jugement au fond, c'est exclure définitivement que le bien ou le mal fondé de la prétention déduite en justice soit examiné un jour par le tribunal (sauf accord de la partie à qui l'ordonnance profite, dans les systèmes où la chose jugée n'est pas prise en considération d'office). Dans la mesure où le juge se fonde sur une vision erronée de la réalité, la découverte d'une erreur ne saurait en effet être considérée comme un fait objectivement nouveau propre à faire naître une action indépendante de celle qui est perdue. Les conséquences pratiques du point de vue de M. Guldener sont trop rigoureuses. L'ordonnance de classement n'a d'autre fonction, comme telle, que d'ajuster la réalité procédurale (l'instance n'a plus de raison de se prolonger) à celle des faits (la contestation n'existe plus). Le jugement au fond consume l'action, même s'il est fautif, car il se prononce sur l'existence et la portée du droit déduit en justice. L'ordonnance de classement présuppose qu'il est inutile de statuer sur ce droit. Une erreur sur cette prémisse ne peut équivaloir, quant à ses effets, à une erreur sur le fond. L'ordonnance de classement n'éteint que l'instance, comme le ferait un jugement processuel final, car elle constate en dernière analyse l'absence d'intérêt au prononcé d'un jugement au fond²⁵⁸.

Faut-il en conséquence l'assimiler en tous points à un jugement processuel, c'est-à-dire la déclarer irrévocable à l'échéance de plus long délai de recours ordinaire ou extraordinaire entrant en considération, et rete-

256 ZPR, p. 204, 404.

257 N. 15 ad § 191 ZPO; comp. n. 12-14 ad § 188 ZPO; cf. aussi ATF 105 Ia 117-118; 105 II 151 ss.; 88 I 164.

258 Comp. Pfirter, p. 90-91, 102-103, 166.

nir par ailleurs qu'elle ne fait pas obstacle à la recevabilité d'une demande nouvelle? Cette option n'est pas exclue. Il serait toutefois préférable d'admettre que le tribunal, saisi d'une requête dûment motivée, est fondé à réouvrir l'instance éteinte par erreur. La sécurité juridique s'accommoderait d'une telle solution, car le procès ne reprendrait son cours qu'une fois le tribunal convaincu, au besoin après administration des preuves utiles, de ce qu'il n'y avait pas lieu à classement. Encore faut-il déterminer le sort de la décision sur frais et dépens qui accompagne en principe l'ordonnance de classement.

La décision fixant le montant et la répartition des frais et dépens constitue un jugement condamnation ou, inversement, un jugement portant constatation de l'inexistence d'une créance d'une partie contre l'autre ou de l'Etat contre une partie²⁵⁹. Lorsque la décision sur frais et dépens est intégrée à un jugement, elle ne jouit d'aucune autonomie et ne saurait être attaquée pour elle-même par voie de revision²⁶⁰. On imagine d'ailleurs avec peine un jugement au fond dont les seules dispositions relatives aux frais et dépens seraient touchées par un motif de revision au sens de l'article 403 CPCN. Dans l'hypothèse inverse, le recours dirigé contre le jugement principal incorpore une demande de réajustement des frais et dépens, que le tribunal fixe de toute manière d'office. On a vu d'autre part que le jugement processuel final n'est, dans la règle, pas susceptible de revision, ce qui exclut également la revisibilité de l'élément accessoire que constitue à son égard la décision sur frais et dépens. Il s'est révélé enfin que l'ordonnance de classement consécutive à un acte extinctif d'instance procédant de l'autonomie privée partageait le sort de cet acte. Qu'en est-il dans l'éventualité qui nous intéresse? On peut considérer que la décision est irrévocable, parce que l'ordonnance de classement est insusceptible de revision, comme un jugement processuel. On peut estimer aussi qu'elle est attaquable isolément par un recours fondé sur l'article 403 CPCN. On peut juger enfin que la révocabilité de l'ordonnance de classement à laquelle elle se rattache l'ampute de son autorité. Systématiquement, cette dernière suggestion est la plus satisfaisante, car elle prolonge le principe selon lequel la décision sur frais et dépens suit le sort du principal. Les ingérences du droit fédéral sur le terrain de l'autorité de la chose jugée ne font pas obstacle à cette manière de voir: la créance en paiement des frais de justice, comme celle qui a trait aux dépens, relève exclusivement du droit cantonal. La mise en œuvre pratique de

259 Sträuli/Messmer, n. 17 ad § 271; comp. ATF 61 II 365 ss.

260 Thomas/Putzo, 1 c ad § 578 ZPO; Sträuli/Messmer, n. 2 ad § 293 ZPO.

la règle ainsi dégagée peut être réalisée de deux manières. Soit le tribunal révoque formellement la décision dont la cause a disparu, soit il tient compte, dans une décision ultérieure, du calcul malheureux auquel il s'était livré à l'occasion du classement.

En conclusion, l'ordonnance de classement et la décision sur frais et dépens qui lui est liée ne constituent pas des jugements au fond au sens de l'article 403 CPCN et ne peuvent faire l'objet d'une demande en revision.

h) Le jugement et la décision sur recours

1. Le problème

On l'a vu plus haut²⁶¹, certains recours, caractérisés par leur effet dévolutif, passent pour prolonger la contestation déférée en instance inférieure, alors que d'autres sont réputés véhiculer une prétention radicalement distincte de celle sur laquelle porte le jugement attaqué. Si on se place sur le terrain du droit matériel – en adoptant, ce faisant, la terminologie usuelle – seul le jugement rendu suite à l'interjection d'un recours dévolutif peut être qualifié de jugement au fond, à condition qu'il ne s'agisse ni d'une décision d'irrecevabilité, ni d'un acte prononçant la cassation avec renvoi au juge inférieur. Les faiblesses de ce raisonnement ont déjà été évoquées. Avant d'y revenir, rappelons que tout recours met en œuvre une prétention procédurale qui ne se confond pas avec le droit litigieux sur lequel porte le procès de base. Dès l'instant où l'autorité de recours entre en matière, le jugement qu'elle rend porte sur le fond du droit de recours. Dans une terminologie purement procédurale, il s'agit d'un jugement au fond. Il s'agit donc de déterminer si la notion de jugement au fond doit être comprise étroitement, c'est-à-dire mise en parallèle avec la perte d'une action fondée sur une prétention matérielle, ou si une acception extensive peut être retenue. A l'appui de la conception étroite, on peut soutenir que le droit privé suppose l'action liée à une prétention matérielle, mais non pas les voies de recours²⁶². En conséquence, il se justifierait d'attacher au droit d'action une protection judiciaire plus complète qu'au droit de recours, dont la méconnaissance occasionnelle ne menacerait pas l'équilibre de l'ordre juridique. Pareille conception procéderait à notre avis d'une vision trop pointilliste de l'activité juridictionnelle. En offrant aux plaideurs la faculté d'obtenir un contrôle judiciaire des jugements émanant de ses tribunaux, l'Etat renforce le droit à la

261 Cf. *supra*, p. 63 ss.
262 Cf. *supra*, p. 64 n. 211.

protection juridique. Le recours se distingue de l'action, mais il la complète. L'intensité de la relation entre celui-ci et celle-là varie, il est vrai. Etroite en appel, elle se distend en cassation. Il n'en reste pas moins que la perte d'un recours précipite la consommation définitive de l'action. Cette conséquence, fâcheuse en elle-même, devient particulièrement choquante lorsqu'elle découle d'un événement sur lequel le lésé n'a aucune prise et qui résulte de la déloyauté de son adversaire ou d'un tiers. Destiné à parfaire l'action sur laquelle il se greffe, le droit de recours doit bénéficier en principe d'une protection identique.

Etant donné la brièveté du délai pour interjeter tout recours autre que la demande en revision, l'irrecevabilité d'un tel recours équivaut, le plus souvent, et quelle qu'en soit la cause, à la déchéance du droit de recours. Conformément au principe général dégagé plus haut²⁶³, la décision d'irrecevabilité peut donc être assimilée, elle aussi, à un jugement au fond.

Les concours de recours ont déjà été examinés. Les observations qui suivent ont trait à la recevabilité de la revision, une fois les autres voies de recours utilisées. Une étude détaillée de toutes les possibilités concevables nous entraînerait trop loin. Nous nous en tiendrons aux recours cantonaux et fédéraux entrant pratiquement en considération, dans le cadre de la juridiction civile ordinaire. Il s'agit de l'appel, du pourvoi en cassation, de la demande en revision²⁶⁴, du recours en réforme, du recours de droit public et du recours en revision fédéral.

Quant aux types de décisions envisageables, nous en voyons quatre, en faisant abstraction pour l'instant des jugements partiels ou complexes: l'irrecevabilité, le rejet, l'annulation, la réformation.

Avant d'entrer dans le détail, rappelons que l'autorité de recours est supposée aborder la matière qui lui est présentée par paliers. Elle examine d'abord la recevabilité du recours. La décision d'irrecevabilité porte sur cette question exclusivement. En revanche, le jugement qu'elle rend après être entrée en matière a un contenu pour le moins dédoublé²⁶⁵: il affirme la recevabilité du recours d'une part, il statue sur le droit de recours d'autre part. Le vice réparable par voie de revision peut affecter le premier

263 Cf. supra, p. 147 ss.

264 L'art. 412 CPCN instaure un régime particulier, en ce qui concerne la succession de plusieurs procédures cantonales de revision dans la même affaire. Cette disposition sera étudiée à part (cf. infra, p. 183 ss.).

265 Exception: l'autorité déclare le recours mal fondé sans décider s'il est recevable. Une telle pratique peut provoquer des difficultés, étant donné la définition de l'effet dévolutif reçue en droit suisse: comp. infra, p. 186, la solution suggérée à propos de l'art. 412 CPCN.

stade ou le second. Sur ce point, la juridiction sur recours ne se singularise pas par rapport à la juridiction ordinaire, mais il faut se rappeler que la matière litigieuse, telle qu'elle a été cristallisée en instance inférieure, sert de point de départ aux réflexions de l'autorité de recours. L'effet dévolutif répercute donc en instance de recours les imperfections occultes qui ont pu entacher le développement régulier du procès en première instance. Enfin, le juge du recours dispose parfois du pouvoir d'enrichir le dossier qui lui est transmis d'éléments se rapportant directement à l'objet du litige originaire. En bref, le motif de revision peut atteindre directement le contrôle exercé par l'autorité de recours; il peut aussi se rapporter, de façon directe ou médiate, à l'objet du litige originaire.

Pour simplifier, l'expression «objet du litige» désignera à l'avenir celui de la contestation matérielle. De même, le terme «fond», utilisé sans autre précision, sera entendu dans son sens habituel de «fond de la cause».

2. Irrecevabilité du recours

Quelle que soit la voie de recours utilisée, l'acte attaqué reste pleinement efficace²⁶⁶. S'il s'agit d'un jugement au fond, c'est contre lui que doit être dirigée toute demande en revision relative à l'objet du litige. Si l'acte attaqué par le recours déclaré irrecevable ne se prononce pas sur le fond, le recourant ne pourra l'entreprendre qu'en invoquant une circonstance qui en aurait vicié l'élaboration. La même règle vaut pour la décision d'irrecevabilité elle-même²⁶⁷.

Existe-t-il un intérêt à obtenir que la décision d'irrecevabilité soit remplacée par un jugement sur le fond du recours ou sur le fond de la cause, même négatif? La question se pose pratiquement lorsque l'autorité de recours laisse clairement entendre que le recours, supposé qu'il soit recevable, devrait être rejeté de toute manière. Au niveau cantonal, cet intérêt peut consister dans la perspective de voir s'ouvrir une voie de recours fédérale, telle que le recours en réforme. Au niveau fédéral, il suppose l'éventualité qu'apparaisse subséquemment une ouverture à revision relative au fond. De plus, l'attraction du fond devant le Tribunal fédéral, qui résulte de la seule entrée en matière sur un recours en réforme, implique la soumission de la cause au régime des articles 136 ss. OJF, différent à certains égards de celui des articles 403 ss. CPCN. Il serait excessif à notre avis de déduire un intérêt pour recourir de cette seule virtualité. Corollairement, une partie ne devrait

266 Binder, p. 40; Wurzburger, p. 10.

267 Birchmeier, p. 498, et les références; ATF 92 II 133 ss.

pas être déclarée déchue du droit de recourir sur le fond au motif qu'elle ne se serait pas prévalu en temps utile d'une ouverture à révision ne concernant que la recevabilité.

3. Rejet du recours

a. *Le pourvoi en cassation*

«Le procès devant la Cour de cassation n'est pas le litige originaire, mais un thème nouveau»²⁶⁸.

Le jugement de l'autorité inférieure reste en force et conserve toute l'autorité attachée à la résolution du problème de fond. Il est attaqué par voie de révision, au même titre que s'il n'avait pas fait l'objet d'un pourvoi²⁶⁹.

L'arrêt peut être vicié également, qu'une mesure d'instruction²⁷⁰ ait été ordonnée par la Cour ou non. Il est donc susceptible de révision.

b. *L'appel*

L'appel est une voie de recours dévolutive. L'article 379 CPCN laisse même entendre que la déclaration d'appel produit, pour autant que le recours soit recevable, un effet dévolutif intégral: «les jugements susceptibles d'appel ne sont pas divisibles et l'appel a toujours pour effet de soumettre à la révision du Tribunal cantonal, le jugement de première instance dans son entier». L'indivisibilité est un principe fortement ancré dans la tradition neuchâteloise de l'appel²⁷¹. Le législateur l'a reconduit dans le Code de procédure actuel, le sachant et le voulant.

Quittant l'aspect quantitatif de la dévolution pour se pencher sur son essence, on relèvera que la loi fait allusion au jugement, non pas à la cause. Cela paraît donner à entendre que le Tribunal cantonal exerce, lorsqu'il fonctionne comme cour d'appel, une censure sur l'acte juridictionnel qui lui est déféré. Qu'il ne juge donc pas directement le fond, du moins pas avant d'avoir anéanti le jugement soumis à sa «révision». Dès lors, le rejet de l'appel impliquerait le maintien de l'acte attaqué dans son intégrité, l'objet du jugement cantonal consistant uniquement dans la négation d'un

268 Schüpbach, cassation, p. 98.

269 Cf. RB 1932 N° 12.

270 Sur le contenu admissible des mesures d'instruction au sens de l'art. 399 CPCN: RJN 2 I 236.

271 Cf. déjà BGC 36 p. 155; voir aussi Guldener, ZPR, p. 391 n. 122 et infra, p. 183.

droit à l'annulation du prononcé déféré. Au regard de la théorie générale des recours, cette interprétation serait la plus satisfaisante. De plus, elle restituerait un degré de juridiction aux plaideurs, car il leur serait loisible de porter une demande en revision relative au fond de la cause devant le tribunal de district, en se réservant ainsi une nouvelle possibilité d'appel, faculté d'autant plus importante que le recours en réforme n'est pas ouvert contre le jugement rescindant²⁷². Il est pourtant douteux qu'elle puisse s'imposer en l'état actuel, étant donné les conditions de recevabilité du recours en réforme au Tribunal fédéral. Si l'on voulait suivre l'interprétation suggérée jusque dans ses dernières conséquences, il ne serait en effet pas possible de recourir en réforme contre un jugement rejetant un appel, car celui-ci ne porterait pas sur une prétention matérielle. Or il serait hautement insatisfaisant que la recevabilité du recours en réforme dépende de l'issue positive ou négative de la procédure d'appel. La jurisprudence fédérale ne laisse d'ailleurs pas entrevoir le moindre signe d'une évolution dans ce sens. Au contraire, on verra que le rejet d'un recours en réforme est unanimement considéré équivaloir à un jugement au fond. Dans ces conditions, le droit cantonal ne peut fixer librement la portée de l'effet dévolutif d'un recours ordinaire de droit cantonal, comme l'illustrera l'exemple suivant: supposons un procès en divorce. Le tribunal de district prononce le divorce. Son jugement est frappé d'un appel que le Tribunal cantonal rejette, par un jugement qui fait lui-même l'objet d'un recours en réforme rejeté par le Tribunal fédéral. Si l'on considérait que le jugement sur appel a laissé subsister le prononcé de première instance, cela impliquerait la coexistence de deux jugements au fond définitifs dans la même cause, le jugement de première instance d'une part et l'arrêt du Tribunal fédéral d'autre part. Cette conséquence serait inacceptable, pour heurter le principe élémentaire selon lequel l'action ne peut se métamorphoser qu'en un jugement au fond unique. Le dédoublement de l'autorité de la chose jugée au fond engendrerait l'insécurité, car il créerait la possibilité que l'un des deux jugements soit modifié suite à l'interjection d'un recours en revision, d'où le risque d'une contradiction. Par conséquent, l'article 379 CPCN doit être compris en ce sens que l'appel saisit le Tribunal cantonal de la cause, et non pas du jugement, à tout le moins lorsque le jugement à rendre est susceptible d'un recours en réforme. Au reste, il serait peu cohérent de faire dépendre l'étendue de la dévolution de la possibilité de recourir en réforme contre le jugement futur du Tribunal cantonal. Dès lors, force est de constater que la demande en revision doit être dirigée contre le jugement sur appel, quelle que soit la phase de la procédure viciée par la cause de revision invoquée.

D'après le Tribunal fédéral²⁷³ et la doctrine²⁷⁴, le rejet du recours en réforme correspond au prononcé d'un jugement au fond. Cette conception est trop fortement implantée dans les esprits pour qu'il soit question de l'ébranler ici. Permettons-nous quand même un regard critique sur ses points d'ancrage.

Il y a d'abord l'effet suspensif du recours en réforme. Effet légal attaché à la faculté même de recourir et prolongé par l'exercice du recours, l'effet suspensif du recours ordinaire ne se distingue pas par sa nature de celui que le juge peut parfois accorder suite au dépôt d'un recours extraordinaire. Telle est du moins l'opinion la plus largement représentée dans notre pays²⁷⁵.

Il y a ensuite l'effet dévolutif, qui n'est pas défini par l'OJF. H. Binder²⁷⁶ voit un indice de la dévolution liée à l'exercice du recours en réforme dans le fait que le recourant doit conclure à la réformation du jugement attaqué, non à sa seule cassation²⁷⁷. Certes, la fonction du recours en réforme est de permettre la modification du jugement entrepris, donc son anéantissement, mais cela ne signifie pas encore que sa confirmation équivaut à une annulation.

Pour H. Binder, le fait que le Tribunal fédéral limite en principe son examen à la violation du droit fédéral ne saurait limiter l'étendue de l'effet dévolutif, car personne n'a jamais douté qu'un arrêt de réformation fût un jugement au fond, quand bien même le Tribunal fédéral n'aurait pas le pouvoir de revoir les faits, ni d'apprécier les demandes nouvelles²⁷⁸. C'est juste, mais il est tout aussi certain que l'arrêt par lequel le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'autorité cantonale n'est pas un jugement au fond, quand bien même le Tribunal fédéral est entré en matière. L'objet de l'arrêt ne couvre pas l'objet du litige en instance inférieure, ce qui démontre qu'il n'y a pas confusion entre la prétention au fond et le droit de recours. Le fait que

273 ATF 40 II 429; 30 II 182; 25 II 691; comp. aussi ATF 81 II 478, implicitement, et 108 II 24, où le Tribunal fédéral rejette le recours, mais convertit la décision d'irrecevabilité en un jugement déclarant la demande mal fondée.

274 Binder, p. 35ss.; Wurzbürger, p. 10; Leuch, p. 344; Habscheid, DJP, p. 518; Walder, ZPR, p. 494; Rust, p. 22, 25; HP. Marti, p. 52; Thouvenin, p. 226 n. 657; Baerlocher, p. 168 n. 772; Anastasi, p. 66; Guldener, ZPR, 485 n. 36, 504, 532 n. 13, 552; Poudret/Wurzbürger, p. 313. Voir aussi Extraits 1982 p. 36-37; SJZ 1962 p. 109.

275 Cf. par exemple Osterwalder, p. 39; Guldener, ZPR, p. 392 n. 126. Cf. toutefois *infra*, p. 273.

276 P. 38.

277 Art. 55 al. 1 lit. b OJF.

278 P. 38.

le Tribunal fédéral puisse compléter les constatations de l'autorité cantonale ne signifie pas non plus nécessairement que l'arrêt par lequel il rejette le recours soit un jugement au fond, contrairement à ce qu'en pense H. Binder²⁷⁹. Les constatations de fait complémentaires peuvent aussi ne servir qu'à former la religion de l'autorité de recours sur la nécessité de priver le jugement attaqué de son efficacité. La procédure de revision au sens étroit (rescindant) en est l'exemple le plus parlant²⁸⁰. Que l'on songe aussi à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la revision d'un arrêt rendu sur recours de droit public, en vertu de laquelle la possibilité de recourir en revision est fonction de la mesure dans laquelle le Tribunal fédéral peut apprécier des nova dans l'exercice de sa juridiction constitutionnelle. Personne n'a jamais soutenu que le recours de droit public fût un recours réformatoire ou ordinaire.

H. Binder ajoute que le Tribunal fédéral peut parfaitement substituer sa propre motivation à celle du jugement attaqué, de sorte que la «confirmation» de celui-ci ne serait qu'apparente et masquerait une véritable substitution²⁸¹. Sans doute, mais l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif du jugement, non à ses considérants.

Enfin, H. Binder estimerait bizarre que l'on puisse porter devant l'autorité cantonale une demande tendant à la revision d'un jugement cantonal confirmé par le Tribunal fédéral²⁸². En réalité, il n'y a rien de bizarre à cela, si l'on considère que le jugement cantonal et l'arrêt fédéral n'ont pas le même objet.

Le recours en revision concerne un problème de fait, et il serait logique qu'il soit porté devant la juridiction qui s'est prononcée sur les faits²⁸³. Force est d'admettre, malgré tout, que la conception classique de l'effet dévolutif peut se réclamer de certains indices résultant du texte de l'OJF. Si le Tribunal fédéral peut «décider de ne pas examiner le fond du litige» (article 60 al. 1 i. i. OJF), c'est que tel est l'objet de son examen en principe. Il est certes encore possible d'affirmer, face à cette formule, que le Tribunal fédéral doit raisonner directement sur la matière litigieuse, pour déterminer la solution à laquelle il serait parvenu, et la comparer avec le dispositif du ju-

279 P. 38-39.

280 Voir aussi les développements que Gilles, Rechtsmittel, p. 63 ss., a consacrés à ce mécanisme en ce qui concerne la *Berufung* allemande.

281 P. 39, reprenant un considérant d'un jugement de l'Obergericht zuricois publié aux BfzR 27 N° 153.

282 P. 39.

283 Dans le même sens, Baerlocher, p. 167-168 n. 771; cf. aussi Anastasi, p. 233; Gaul, Grundlagen, p. 207; § 352 AG; § 347 pAG; BfzR 5 N° 192, dans lequel le Handelsgericht zuricois a déclaré recevable une demande en revision contre un jugement cantonal confirmé par le Tribunal fédéral.

gement attaqué, mais que cette opération ne prive pas le jugement déféré de son efficacité. En revanche, lorsqu'on lit à l'article 64 OJF que le Tribunal fédéral statue «sur le litige», il n'est plus contestable que le législateur entendait qu'un arrêt de confirmation éventuel soit réputé porter sur le fond. Cette constatation permet de restituer tout son sens à l'article 138 OJF, disposition dont la lettre ambiguë paraît ne se rapporter qu'à l'hypothèse dans laquelle un motif de revision cantonal parviendrait à la connaissance d'une partie alors qu'un recours en réforme serait pendant. En fait, l'article 138 OJF, interprété a contrario, consacre implicitement la règle selon laquelle le jugement cantonal, une fois confirmé, est privé d'efficacité et ne peut faire l'objet d'une demande en revision fondée sur l'article 403 CPCN. Seul le recours en revision institué par les articles 136 ss. OJF entre en considération.

d. Le recours en nullité

Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en nullité, n'est pas appelé à statuer sur le fond du litige²⁸⁴. Lorsqu'il déclare le recours mal fondé, c'est le jugement cantonal qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée²⁸⁵ et qui doit faire l'objet d'une demande en revision éventuelle relative au fond.

Quant à l'arrêt lui-même, un motif de revision n'affectera qu'exceptionnellement l'instance fédérale, à l'exclusion du jugement cantonal, dès lors que le Tribunal fédéral statue sur pièces et qu'il n'est pas fondé à compléter l'état de fait, comme il peut le faire en tant que juridiction de réforme²⁸⁶.

e. Le recours en droit public

Le rejet du recours de droit public signifie, négativement que l'acte attaqué ne présente pas le vice qui lui est reproché²⁸⁷. Le rejet du recours le laisse donc subsister dans toute sa portée.

Le Tribunal fédéral a admis récemment²⁸⁸ que l'arrêt rendu sur recours de droit public pouvait faire l'objet d'un recours en revision fondé sur l'article 137 lit. b OJF. Il faut pour cela que soit réalisée l'une des hypothèses dans lesquelles il peut prendre en considération des faits et des

284 Art. 73 al. 2 OJF.

285 Thouvenin, p. 226, 237.

286 Birchmeier, p. 267; contra Thouvenin, p. 217.

287 Z. Giacometti, die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933, p. 240; H. Marti, p. 165.

288 ATF 107 Ia 187 ss.

preuves non intégrés au dossier cantonal, d'une part, et que les nova invoqués à l'appui du recours en revision eussent pu l'être utilement par le recours de droit public, d'autre part. La relation de complémentarité entre la revision cantonale, qui se rapporte à l'objet du litige, et la revision fédérale, relative à l'objet du recours, est ainsi clairement définie. La motivation de l'arrêt publié aux ATF 107 Ia 187 ss., qui énonce les limites résumées ci-dessus, suscite tout de même une certaine perplexité; en effet, si le Tribunal fédéral ne peut apprécier en principe des faits et des moyens de preuve nouveaux, dans l'exercice de sa juridiction de droit public, il ne le peut pas plus lorsqu'il est saisi d'un recours en réforme²⁸⁹.

L'article 57 OJF laisse certes aux parties la possibilité d'enrichir indirectement le dossier du Tribunal fédéral des éléments nouveaux propres à motiver un recours en revision cantonal, mais celui-ci peut être ouvert plus étroitement que le recours des articles 136 ss. Ainsi, par le jeu de l'article 138 OJF, le Tribunal fédéral peut être amené à prendre en considération des faits qui auraient été soustraits à la connaissance de cette même juridiction fonctionnant comme instance de réforme, alors qu'une telle possibilité est exclue si le Tribunal fédéral a statué sur un recours de droit public. La justification de cette différence de traitement ne s'impose pas de façon aveuglante. Sans doute faut-il la rechercher dans la nature paradoxale du recours en réforme, voie de droit dévolutive mais imparfaite²⁹⁰.

f. Le recours en revision de droit fédéral

Un arrêt rejetant un recours en revision de droit fédéral ne peut en aucun cas faire l'objet d'une demande en revision de droit cantonal²⁹¹.

Une demande fondée sur les articles 403 et suivants CPCN peut en revanche être dirigée contre tout jugement cantonal qui n'aurait pas été annulé, confirmé ou réformé par le Tribunal fédéral.

289 Art. 55 al. 1 lit. c OJF.

290 Comp. Birchmeier, p. 509; cf. aussi ATF 59 II 193.

291 L'OJF ne contenant pas une disposition comparable à l'art. 412 CPCN (cf. infra, p. 183 ss.), un tel arrêt est susceptible de revision selon les art. 136 OJF; cf. Birchmeier, p. 499, et les références.

4. Annulation de l'acte attaqué

a. *En général*

L'hypothèse envisagée ici permet une distinction relativement aisée de l'objet du litige en instance inférieure et en instance de recours. L'autorité de recours anéantit l'acte attaqué sans se prononcer sur le fond. L'annulation est suivie, dans la règle, d'une nouvelle décision statuant à nouveau sur la prétention originellement déférée devant le juge du fond. Il faut toutefois réserver l'éventualité dans laquelle le juge inférieur aurait admis à tort – de l'avis de l'autorité de recours – que les conditions d'existence d'une action étaient réunies. En pareille occurrence, un recours en revision relatif aux conditions d'existence de l'action doit être porté devant l'autorité qui a nié qu'elles fussent réalisées. Les articles 403 ss. CPCN s'appliquent si le jugement émane d'une autorité cantonale, les articles 136 ss. OJF s'il s'agit d'un arrêt du Tribunal fédéral. Hormis ce cas, l'arrêt d'annulation bénéficie d'une autorité limitée à son objet et le jugement qui lui fait suite déploie les effets naturels attachés à la résolution du problème de fond. Quant au jugement annulé, il est privé de tout effet et constitue «ein rechtliches Nichts»²⁹². Les remarques qui suivent se rapporteront aux particularités propres aux divers recours évoqués.

b. *Le pourvoi en cassation*

L'arrêt par lequel la Cour de cassation renvoie la cause à la juridiction inférieure après cassation ne statue pas sur le fond et n'équivaut pas à la perte d'une action de droit matériel. De plus, les parties conservent le droit de se pourvoir en cassation contre le jugement futur du tribunal de district. Un intérêt à la rescision de l'arrêt se conçoit néanmoins, mais non pas, à notre avis, parce que le juge de renvoi est lié par l'arrêt de cassation²⁹³. D'abord, le juge de renvoi est libre d'adopter le dispositif du premier juge sans manquer de respect à la Cour suprême, si des faits nouveaux ou des moyens nouveaux le justifient²⁹⁴. Il est certes possible que ces éléments nouveaux n'apparaissent qu'après l'entrée en force du nouveau jugement au fond, mais la revision de l'arrêt de cassation n'apporterait rien de plus que celle du nouveau jugement, la question des frais et dépens mise à part. L'intérêt existerait, en revanche, dans l'exemple suivant: tel jugement de première instance est affecté d'une erreur de droit. Le perdant se pourvoit en

292 Jauernig, Zivilurteil, p. 105.

293 Schüpbach, cassation, p. 313.

294 Schüpbach, cassation, p. 314.

cassation et la Cour annule le jugement entrepris, sans réaliser que le sceau postal figurant sur l'enveloppe d'expédition annexée au jugement a été falsifié. En réalité, le recours aurait dû être déclaré irrecevable pour cause de tardivité. La révision de l'arrêt est-elle admissible? Qu'elle soit positive ou négative, la réponse à cette question engendre une injustice. L'intérêt de l'intimé au maintien du jugement de première instance paraît préférable à celui de son adversaire déloyal, mais il y a quelque artifice à assimiler l'arrêt de la Cour de cassation à un jugement au fond, puisqu'il prélude au prononcé d'un nouveau jugement sur la contestation de base. En doctrine stricte, la révision de l'arrêt n'est pas possible.

c. *L'appel*

Bien que la loi ne l'exclue pas, le Tribunal cantonal n'a pas coutume de renvoyer la cause au tribunal de district pour nouveau jugement. Il dispose en effet des moyens d'investigation nécessaires au prononcé d'un jugement de confirmation ou de réformation, en vertu de l'article 386 CPCN. Il arrive cependant qu'un renvoi apparaisse indispensable²⁹⁵. En pareil cas, le jugement de renvoi équivaut à un arrêt de cassation et doit être traité comme tel.

d. *Le recours en réforme*

L'OJF prévoit le renvoi dans quatre hypothèses visées par les articles 52 in fine, 60 al. 1 c, 64 al. 1 et 65. Dans les quatre cas, le renvoi met fin à l'instance introduite au niveau fédéral. Contrairement à la demande en révision des articles 403ss. CPCN, le recours des articles 136ss. OJF est recevable contre «un arrêt du Tribunal fédéral», sans autre précision relative au caractère final ou intermédiaire de l'arrêt. La révision de l'arrêt de renvoi peut donc être sollicitée aux fins d'obtenir sa conversion en un arrêt déclarant le recours au Tribunal fédéral irrecevable ou mal fondé. Couronné de succès, le recours entraîne ipso jure la nullité du jugement cantonal final²⁹⁶. Selon W. Birchmeier, le Tribunal fédéral ne renvoie jamais la cause à la cour cantonale après révision de l'un de ses arrêts²⁹⁷. Sans doute fondé en ce qui concerne l'arrêt de renvoi, ce point de vue nous paraît trop absolu dans son expression générale. Ainsi, la révision d'un arrêt déclarant un recours en ré-

295 Cf. supra, p. 146 n. 168.

296 Art. 144 al. 2 OJF.

297 P. 515.

forme irrecevable pourrait mettre le Tribunal fédéral dans l'impossibilité de statuer au fond et rendre nécessaire l'application de l'article 64 al. 1 OJF ²⁹⁸.

Qu'en est-il de la force obligatoire de l'arrêt de renvoi? L'article 66 al. 1 OJF dispose que l'autorité cantonale peut tenir compte de nouveaux allégués en tant que la procédure civile cantonale le permet, mais qu'elle est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit du Tribunal fédéral. Or il se peut qu'un motif de revision cantonal affecte le jugement cantonal final et soit de nature à entraîner le juge du rescisoire à s'écarter du raisonnement juridique développé par le Tribunal fédéral. Il est libre de le faire à notre avis, car l'article 66 al. 1 OJF vise à éviter que le juge cantonal ne contredise les considérants de la cour suprême. Or tel n'est pas le cas si la matière litigieuse se transforme et appelle une construction juridique nouvelle ²⁹⁹. Autrement dit, un recours en revision dirigé contre l'arrêt de renvoi ne serait pas nécessaire en pareille occurrence. Il pourrait toutefois se révéler utile au cas où un élément nouveau au sens de l'article 137 OJF, mais impropre à fonder la revision cantonale, viendrait à se révéler après coup. La revision de l'arrêt de renvoi donnerait ainsi à la partie lésée la possibilité de faire annuler indirectement le jugement cantonal final.

e. Le recours en nullité

De l'avis de A. Thouvenin ³⁰⁰, le recours cantonal entre seul en ligne de compte, dès lors que l'autorité cantonale s'est trouvée à nouveau saisie du fond de la cause. Le recours en revision fédéral serait exclu faute d'un jugement «matériel» du Tribunal fédéral. A. Thouvenin relève en outre que le jugement cantonal final statue sur l'objet du litige global, de sorte que l'instance de revision cantonale pourrait prendre en considération un motif de revision affectant une phase quelconque de la procédure ³⁰¹. Notre auteur considère donc en substance que l'intérêt à obtenir la revision de l'arrêt de renvoi apparaît douteux. Il serait effectivement surprenant que la force obligatoire de l'arrêt de renvoi, consécutif à un recours en nullité, ne soit pas assortie des mêmes tempéraments que celle d'un arrêt de renvoi au sens de l'article 66 al. 1 OJF. Les plaideurs peuvent néanmoins justifier d'un intérêt certain à l'annulation d'un tel arrêt, ne serait-ce qu'aux fins d'obtenir une nouvelle répartition des frais et dépens. Au surplus, l'hypothèse envisagée à la fin du paragraphe précédent peut également se présenter alors que le Tribunal fédéral aurait statué sur un recours en nullité.

298 Dans le même sens, Grüniger, p. 149.

299 Comp. Birchmeier, p. 292.

300 P. 238.

301 P. 238.

f. Le recours de droit public

Voie de droit cassatoire et non dévolutive, le recours de droit public ne permet qu'à des conditions restrictives l'invocation et l'appréciation de nova. On se rappelle d'autre part³⁰² que le Tribunal fédéral ne s'autorise à entrer en matière sur un recours en révision que dans la mesure où l'élément nouveau aurait pu être pris en considération dans le cadre de la procédure de recours principale, s'il s'était révélé en temps utile. Cette restriction limite les possibilités de rétractation d'un arrêt annulant un jugement cantonal sans les exclure pour autant. La conversion de l'arrêt d'annulation en un arrêt déclarant le recours de droit public irrecevable ou mal fondé ne peut qu'entraîner la pleine efficacité de l'acte attaqué et, corollairement, la nullité de la ou des décisions cantonale(s) fondée(s) sur l'arrêt annulé.

g. Le recours en révision de droit fédéral

Nécessairement dirigé contre un arrêt du Tribunal fédéral, le recours en révision n'aboutit jamais à une annulation avec renvoi du rescisoire à l'autorité cantonale. Il peut en revanche entraîner – au stade du rescisoire – le prononcé d'un arrêt d'annulation avec renvoi, ce qui est une autre question. En pareil cas, la répartition des tâches entre la révision cantonale et la révision fédérale est fonction du recours fédéral qui avait été interjeté en premier lieu.

5. Réformation

Le prononcé de l'autorité de recours se substitue à l'acte attaqué, et la demande en révision doit tout naturellement être dirigée contre le jugement sur recours. L'appel, le recours en réforme et le recours en révision (au sens large) ont une fonction essentiellement réformatrice, contrairement au recours en cassation, au recours en nullité et au recours de droit public, qui n'aboutissent qu'exceptionnellement à la modification de l'acte attaqué par l'autorité de recours elle-même³⁰³.

Le jugement de réformation peut n'avoir qu'un caractère intermédiaire. Tel est par exemple le cas de l'arrêt relatif à la compétence rendu en application de l'article 73 al.2 in fine OJF. Une décision de ce type jouit d'une force obligatoire absolue, et le juge inférieur n'a pas la liberté de

302 Cf. supra, p. 176–177.

303 Cf. toutefois H. Marti, p. 166–167; art. 401 CPCN.

s'écarter de la solution retenue par l'autorité de recours, car la question litigieuse sur laquelle cette dernière s'est prononcée est définitivement tranchée. Dès lors, une demande en revision portée devant le juge inférieur ne serait d'aucune utilité pour le plaideur qui entendrait remettre en question le jugement incident rendu par l'autorité de recours.

S'il s'agit d'un arrêt du Tribunal fédéral, il est attaquant aux conditions fixées par les articles 136ss. OJF. L'article 144 al.2 OJF s'applique, ce qui entraîne la cassation par voie de conséquence du jugement cantonal final.

S'agissant des jugements intermédiaires rendus par le Tribunal cantonal ou la Cour de cassation, la jurisprudence relative à la cassation par voie de conséquence, bien que mince, vaut pour l'hypothèse qui nous occupe. Quant à l'aptitude de la décision intermédiaire à faire l'objet d'une demande en revision, elle doit être affirmée pour les raisons exposées lorsqu'il a été question des jugements séparés³⁰⁴. La nature du jugement incident ne varie pas selon la position hiérarchique de l'autorité qui le prononce. Les conditions de son invalidation doivent donc être définies de manière uniforme.

Lorsque le jugement de réformation est final, il est susceptible de revision aux conditions fixées par la loi de procédure que l'autorité de recours était tenue d'appliquer.

6. Dévolution partielle et jugements complexes

Il y a dévolution partielle lorsque le recourant use de la liberté qui lui est offerte de n'attaquer que partiellement le jugement qui lui fait grief.

Il y a jugement complexe lorsque l'autorité de recours statue de façon hybride, par une pluralité de décisions appartenant à l'une et à l'autre des quatre catégories évoquées ci-dessus.

Le mécanisme de la dévolution partielle ne doit pas être confondu avec l'interdiction de l'intervention d'office en faveur du recourant ou de l'intimé (*reformatio in pejus*), valable dans les limites de l'autonomie de parties. L'article 379 CPCN illustre cette différence: soit une procédure en modification du jugement de divorce: le mari divorcé, demandeur, obtient une réduction de la pension qu'il avait été condamné à servir à son ancienne épouse, mais il échoue dans la mesure où il a conclu à ce que la garde de l'enfant commun lui soit transférée. Il appelle de ce jugement qui, n'étant pas divisible, est dévolu entièrement au Tribunal cantonal. Bien que le juge-

304 Cf. supra, p. 157-158.

ment final à rendre par cette autorité soit réputé se substituer à celui du tribunal de district, le Tribunal cantonal n'en est pas moins lié au prononcé déféré en ce qui concerne la pension due à l'épouse, parce que l'appel ne portait pas sur ce point.

La dévolution partielle est étrangère à l'appel du droit neuchâtois. De même, il a été jugé qu'un recours en cassation ne peut viser qu'un jugement «entier»³⁰⁵.

Au niveau fédéral, il est possible de n'interjeter un recours en réforme que contre certains points du dispositif contesté. Le jugement déféré entre donc en force pour le surplus³⁰⁶.

La coexistence de deux ou plusieurs jugements finaux relatifs à la même cause est également le résultat concret auquel conduit la pratique du prononcé complexe, telle que l'annulation partielle assortie d'un renvoi, suite à l'interjection d'un recours non dévolutif. Les combinaisons possibles sont trop nombreuses pour qu'il soit question de les évoquer en détail. De plus amples développements ne seraient d'ailleurs pas nécessaires: la dévolution partielle et les jugements complexes supposent la divisibilité de l'acte, donc l'indépendance de la matière litigieuse traitée séparément. L'admissibilité et les conditions de la revision doivent être examinées isolément pour chaque fraction du litige, selon les principes généraux dégagés ci-dessus.

i) *Le jugement consécutif à une demande en revision et le jugement attaqué par voie de revision*

L'article 412 CPCN reprend un principe puisé dans l'ancien droit français (article 503 aCPCF) et illustré par l'adage «requête civile ne vaut», qui remonte lui-même à la grande ordonnance de 1667. En vertu de ce principe, le recours en revision est «consomptible par le premier usage»³⁰⁷, puisqu'une demande en revision n'est recevable ni contre le jugement déjà attaqué par cette voie, ni contre le jugement qui a statué sur la demande en revision, ni même contre le jugement qui, ayant admis une telle demande, a statué à nouveau sur le fond de la contestation.

La ratio legis de l'article 412 CPCN n'est pas douteuse. Cette disposition est censée empêcher «les plaideurs chicaniers de faire rebondir plusieurs fois le même procès par des recours en revision successifs»³⁰⁸. Malgré la lettre très rigoureuse de l'article 503 aCPCF («aucune partie ne pourra se

305 CCC VI 205ss. Voir toutefois RJN 5 I 180-181, et les références.

306 Art. 54 al. 2 OJF; Guldener, ZPR 391 n. 122.

307 Cornu/Foyer, p. 480.

308 Joly, N° 213; cf. aussi N° 25.

pourvoir en requête civile...»), la jurisprudence française a interprété cette prohibition comme s'adressant personnellement à la partie qui avait fait usage de cette voie de recours³⁰⁹. Il s'agit là d'une juste conception. Si l'on s'en écartait, pour lui préférer une interprétation littérale de l'article 412 CPCN, un plaideur pourrait aisément paralyser le droit de recours de son adversaire en se pourvoyant rapidement en revision contre un jugement vicié par sa propre fraude.

L'article 412 CPCN présente une autre imprécision, le terme «attaqué» étant susceptible d'interprétations divergentes. Un jugement peut être considéré comme attaqué – au sens large – dès l'instant où le lien juridique d'instance est créé, quelle que soit l'issue finale de la procédure de recours. Seul un acte de recours suffisamment informé pour ne pas accomplir sa fonction élémentaire, soit la création de la litispendance, n'entraînerait pas l'irrévocabilité du jugement à l'égard du recourant. Corollairement, le retrait du recours entraînerait l'extinction du droit de recours, dans tous les cas. Tel paraît être le terrain sur lequel s'est placée l'ancienne jurisprudence française. Il a été jugé par exemple que si la première demande avait été abandonnée parce que la décision criminelle qui lui servait de base avait été cassée, une seconde requête civile serait irrecevable, bien qu'une nouvelle condamnation pour faux ait été prononcée³¹⁰. On peut estimer, à l'inverse, qu'une nouvelle demande n'est exclue que s'il a été statué sur le fond d'une demande antérieure formée par la même partie. Ce n'est qu'à cette condition que le jugement est réputé avoir été attaqué – au sens étroit –. La Cour de justice de Genève a adopté ce point de vue, sans s'embarrasser d'une argumentation raffinée: «ce que le législateur a voulu proscrire, c'est la possibilité pour un plaideur de faire valoir un motif de revision alors qu'un autre motif de revision a déjà été précédemment déclaré mal fondé par le même tribunal à l'occasion du même jugement»³¹¹. Dans le cas particulier, une première demande avait été déclarée irrecevable, parce que tardive.

En définitive, c'est affaire d'opportunité que de décider si le terme «attaqué» doit être pris dans son sens large ou étroit. La jurisprudence genevoise nous paraît préférable parce qu'elle favorise la préservation du droit de recours, en réduisant la portée d'une disposition contestable en elle-même³¹². De plus, cette interprétation peut se réclamer du principe général,

309 Orléans, 28 avril 1854, D. 1854.2.184-185.

310 Civ., 25 novembre 1850, D. 1851.1.35ss.; Agen, 12 août 1851, sur renvoi, D. 1852.2.251ss.; Hébraud, N° 339.

311 SJ 1954 p. 628.

312 Cf. infra, p. 353.

valable pour l'action fondée sur une prétention puisée dans le droit civil fédéral, en vertu duquel l'irrégularité de l'instance n'entraîne pas en principe la perte de l'action.

Quant aux conséquences du retrait d'une demande en revision, elles doivent être déterminées selon les critères ordinaires: l'abandon conventionnel de cause et le désistement d'instance n'entraînent pas la déchéance du droit de recours, au contraire du désistement d'action, qui équivaut à une renonciation définitive^{312bis} au droit d'obtenir l'annulation du jugement³¹³. Lorsque l'instance de recours est un tribunal de district, l'observation de la règle générale n'est pas problématique, car le procès en revision se développe selon les règles de procédure ordinaire. Qu'en est-il devant le Tribunal cantonal, qui applique la procédure du pourvoi en cassation? Faut-il admettre, dans la ligne de la jurisprudence fédérale³¹⁴, que le retrait du recours équivaut dans tous les cas à une renonciation au droit de recours ou à un désistement d'action, ce qui revient pratiquement au même? Une telle sévérité ne s'impose pas. On a constaté plus haut que la teneur de l'article 407 CPCN résulte selon toute vraisemblance d'une bévue³¹⁵. Dans toute la mesure du possible, les articles 407 et 408 CPCN doivent être interprétés de telle sorte que les droits des parties soient les mêmes, qu'elles plaident devant le tribunal de district ou le Tribunal cantonal³¹⁶. La jurisprudence de la Cour de cassation en donne l'opportunité, puisqu'elle admet la possibilité d'un retrait contractuel conditionnel du pourvoi en cassation³¹⁷. On peut dès lors retenir que le demandeur en revision est libre de proposer à son adversaire un abandon conventionnel de l'instance en revision pendante devant la Cour civile du Tribunal cantonal ou la Cour de cassation; conformément à la jurisprudence relative à la procédure ordinaire, il y a lieu d'admettre également que l'acceptation de cette offre peut être tacite. Le recourant

312^{bis} On verra plus loin (infra, p. 206) qu'un jugement peut être attaqué partiellement. Dans cette hypothèse, est-il, dans sa partie non entreprise, susceptible d'une deuxième demande? Les tribunaux n'ont pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur la question, ni en France, ni dans les cantons de Genève, Vaud, Fribourg et Neuchâtel. Théoriquement, la réponse devrait dépendre de la conception qu'a eue le législateur du droit de recours, lorsqu'il a édicté l'art. 412 CPCN. S'il l'a envisagé comme une entité indivisible, le recours formé contre une partie du jugement épuise définitivement le droit d'action. L'optique inverse entraînant le résultat contraire. A notre avis, seule la fraction effectivement attaquée doit être déclarée irrévocable à l'égard du recourant débouté. Cependant, au cas où un nouveau recours, fondé sur la même cause que le précédent, serait dirigé contre la partie non encore attaquée du dispositif, l'attitude du recourant pourrait être interprétée comme une renonciation à recourir.

313 RJN 7 I 194 ss.; 6 I 586; 5 I 161 ss.; CCC VI 72 ss., 123 ss.; V 491 ss.

314 ATF 83 II 61; 74 I 282.

315 Cf. supra, p. 145.

316 Dans le même sens, Anastasi, p. 67 n. 63.

317 RJN 5 I 15 ss.

serait toutefois bien inspiré de motiver sa proposition, voire son «désistement d'instance» afin que le tribunal puisse se convaincre des raisons qui l'animent³¹⁸. Le retrait du recours ne doit pas servir à contourner l'esprit de l'article 412 CPCN et permettre aux plaideurs de se restituer inconditionnellement une voie de recours dont ils auraient usé à la légère.

Théoriquement, l'autorité ne doit s'interroger sur le bien-fondé du recours qu'après s'être convaincue de la recevabilité de la demande. Les tribunaux s'épargnent parfois cette démarche graduelle, lorsqu'il apparaît d'emblée que le recours est mal fondé³¹⁹. Le procédé est déplaisant, car il engendre la confusion, lorsqu'il s'agit de déterminer si une nouvelle demande en revision peut être dirigée contre le jugement déjà entrepris par cette voie. En théorie, on pourrait imaginer que le recourant soit astreint à attaquer le jugement rejetant la demande pour qu'il soit converti en décision d'irrecevabilité. Pratiquement, son intérêt serait nié. Il serait donc juste de laisser au recourant débouté, qui introduirait une nouvelle demande, la possibilité d'établir que le recours interjeté primitivement était en réalité irrecevable, et non mal fondé.

j) *Le jugement consécutif à une demande en divorce*

Le jugement relatif à une action en divorce se singularise à un double titre au regard du droit de la revision. Celui qui rejette la demande jouit, selon la jurisprudence, d'une autorité dont la portée objective est définie de façon particulière. Celui qui prononce le divorce est susceptible de revision, mais dans certaines limites – partiellement incertaines – tracées par le droit de fond. La revisibilité du jugement de divorce a suscité l'intérêt de nombreux auteurs, civilistes et processualistes. La variété et la richesse des opinions exprimées sur ce sujet éveillent le net sentiment qu'un nouveau tour d'horizon de la question est superflu, en l'état actuel. Nous nous en tiendrons à l'essentiel.

Le jugement qui rejette une demande en divorce est un jugement constatatoire. Il bénéficie de l'autorité de la chose jugée, mais le principe de la forclusion des faits non présentés ne lui est applicable que dans une mesure restreinte: il n'y a pas identité entre deux actions successives, dit la jurisprudence, «wenn im neuen Prozess erhebliche Tatsachen vorgebracht werden, die zwar schon vor dem frühern Urteil eingetreten, aber im frühern

318 Comp. Schüpbach, cassation, p.280 i.f.; cf. aussi CCC VI 72 ss.
319 Cf. par exemple RJN 6 I 400 c.2 i.f.

Prozess aus irgendeinem Grunde (zum Beispiel zwecks Schonung des Gegners) nicht vorgebracht und daher auch nicht beurteilt worden waren»³²⁰. Il n'y a pas rupture d'identité, en revanche, lorsque le demandeur reprend des allégations qu'il n'était pas parvenu à prouver, lorsqu'il allègue de nouveaux faits sans les prouver³²¹, lorsqu'il se borne à critiquer les constatations de fait et l'appréciation des preuves qui ont conduit au rejet de la première demande, et enfin lorsqu'il invoque de nouveaux moyens de preuve à l'appui de faits qui avaient déjà été allégués.

Certains auteurs s'accommodent de cette manière de voir³²². D'autres la contestent³²³, au motif que l'objet du jugement doit recouvrir la cause de la demande, définie elle-même par référence à l'état de fait abstrait sur lequel le droit matériel fonde une prétention. L'action en divorce motivée par une relation adultère n'a pas la même cause que celle qui repose sur un attentat à la vie ou des sévices. Le demandeur est libre d'invoquer une cause ou l'autre. En revanche, si le demandeur invoque l'article 142 CC, le jugement se prononcera sur l'état de dégradation du lien conjugal à la date déterminante pour l'autorité de la chose jugée. Si le demandeur n'est pas tenu d'invoquer en justice, simultanément, les diverses causes qui pourraient fonder sa demande, il ne doit pas être admis à alléguer successivement des faits compris dans la même cause, ce que la jurisprudence fédérale tolère pourtant, adoptant en cela une vision très étroite de la cause, qui se rattache à la variante la plus extrémiste de la Substanziierungstheorie³²⁴.

Dans un système qui accorde la révision en cas de découverte d'un fait nouveau, la jurisprudence citée rend délicate une délimitation de la révision et de l'action au fond indépendante³²⁵, quand bien même on s'accorde à dire que le domaine de ces deux actions ne se recouvre pas³²⁶. Il est certes tentant d'affirmer que la découverte d'un fait nouveau ne fonde pas l'intérêt à recourir³²⁷, puisque ce fait peut être invoqué à l'appui d'une demande nouvelle, mais ce serait faire fi des dispositions du jugement relatives aux

320 ATF 78 II 403; cf. aussi ATF 88 I 166; 85 II 59 ss.

321 ATF 78 II 404; sur ce point, l'arrêt cité est manifestement erroné: la cause de la demande est définie par les allégations, nullement par les preuves qui s'y rapportent. Soutenir le contraire revient à dire que l'action n'existe que si la prétention est établie; de même, GVP 1962 N° 33, p. 98. Comp. en revanche ATF 85 II 59, 63.

322 Guldener, Rechtskraft, p. 18-19; Poudret, l'autorité, p. 268; Probst, p. 29 ss., 34; Bürkli, p. 37; Bühler/Spühler, Einleitung, n. 117.

323 Cf. supra, p. 57 n. 173.

324 Voir par exemple Thorens, l'objet, notamment p. 43-44.

325 Poudret, l'autorité, p. 268; O. Lutz, in SJZ 1935-1936 p. 59.

326 ATF 85 II 64; 78 II 403; Bühler/Spühler, Einleitung, n. 115 i.f.; sur la relation entre la révision et l'action en modification du jugement de divorce, cf. Bühler/Spühler, n. 15 ad art. 157 CC, et les références; cf. aussi supra, p. 96 ss.

327 Comp. H.P. Marti, p. 64, à la hauteur de la n. 44.

frais et dépens. Si l'on voulait éviter à tout prix que la revision exclue la demande nouvelle, et réciproquement, force serait d'admettre, non sans artifice, que le fait nouveau aurait été improprie à modifier l'issue de la procédure, n'étant pas inclus dans la cause de la demande. La faiblesse de l'argumentation devrait inciter à renoncer à une délimitation exclusive du recours et de l'action nouvelle.

La question se pose aussi en droit neuchâtelois, malgré l'étroitesse des ouvertures à revision qu'il retient. Supposons que le défendeur obtienne par la ruse, la menace ou la violence, que la demanderesse n'allègue pas tel événement illustrant une manifeste dégradation du lien conjugal. Le tribunal écarte la demande en divorce. D'après la jurisprudence fédérale, une nouvelle demande est admissible. Nous ne voyons personnellement pas pour quelle raison un recours en revision ne le serait pas. Un recoupement ne se conçoit guère, en revanche, dans les hypothèses envisagées par les articles 403 ch. 1-3, car ces ouvertures se rapportent aux preuves administrées ou invoquées. Le motif de revision est improprie à fonder une nouvelle demande indépendante.

Le jugement qui prononce le divorce est une décision formatrice, dont le dispositif comporte également des éléments constatatoires et condamnatoires. La revision du jugement n'est pas exclue en principe. Selon la jurisprudence, le divorce lui-même ne peut toutefois être remis en question, par voie de revision, après le décès³²⁸ ou le remariage³²⁹ d'un conjoint. Pour certains auteurs, la revision doit également être refusée lorsqu'il s'est écoulé une période relativement longue entre la dissolution du mariage et l'interjection du recours³³⁰. La prohibition relative au principe du divorce ne s'étend pas, d'après la doctrine, aux dispositions relatives aux effets accessoires³³¹, ce qui revient à dire que l'autorité de recours est autorisée à reconsidérer l'intégralité du litige pour en tirer un réajustement des effets accessoires, mais que le dispositif du jugement est intangible en ce qu'il prononce le divorce.

L'exclusion de la revision, en cas de décès d'un conjoint, n'est qu'une conséquence du caractère personnalissime du droit en jeu, et elle est extensible à tout jugement prononçant sur un droit strictement personnel.

328 ATF 93 II 153.

329 ATF 28 I 172-173; JT 1960 III 57; BJM 1963 p. 29ss.; comp. BlzR 35 N° 67.

330 Bühler/Spühler, n. 81 ad art. 146 CC, et les références; dans le même sens, ATF 87 I 472; Kummer, Grundriss, p. 210.

331 Hinderling, p. 235; Zusatzband, p. 187; Rust, p. 60, 64; Bühler/Spühler, n. 85 ad art. 146 CC, et les références.

Lorsqu'il y a eu remariage d'un conjoint, l'inadmissibilité de la revision trouve sa raison d'être dans la consécration de la monogamie en droit suisse, et dans la priorité qui est accordée au maintien de la nouvelle union, eu égard à l'intérêt public et à celui des tiers dont le statut familial se fonde directement ou indirectement sur le jugement de divorce³³². De l'avis de B. Rust³³³, il est indifférent à cet égard que le nouveau conjoint soit de mauvaise foi. Notre auteur motive son point de vue par le fait que le motif de revision entraîne l'annulabilité du jugement de divorce, et non sa nullité. H. Hinderling émet une opinion plus nuancée et plus logique: la mauvaise foi de l'intimé potentiel et de son partenaire ménage la possibilité d'une revision du jugement de divorce. Cependant, le lien matrimonial ainsi rétabli le serait «sous une mauvaise étoile»³³⁴.

Ce sont également des considérations pratiques de cet ordre qui incitent une partie de la doctrine à exclure la revision après l'expiration d'un certain laps de temps, dont il appartiendrait au juge d'apprécier la durée.

Le principe de la *favor matrimonii*, parfois appelé en renfort d'une argumentation préconisant l'admission générale du recours³³⁵, ne paraît pas décisif non plus, si l'on envisage les choses pratiquement. La reconstitution contrainte de l'union dissoute ne présente que de maigres perspectives de durabilité.

En fait, on ne peut nier l'existence d'un hiatus entre les subtilités intimistes du droit matrimonial et le cartésianisme qui préside à l'application du droit judiciaire privé: la justice a le choix entre l'application stricte d'une loi de procédure aux conséquences absurdes, le refus global d'autoriser la renaissance du lien conjugal, et une position intermédiaire qui laisse dégénérer l'examen de la recevabilité du recours en une pesée d'intérêts éminemment aléatoire. Si cette dernière solution, préconisée par la plupart des auteurs, est probablement la plus sage, nous préférons encore celle que propose R. J. Baerlocher, qui consiste à déclarer le jugement de divorce insusceptible de revision en ce qui concerne le divorce lui-même³³⁶. Si vraiment les parties tiennent à rétablir l'état antérieur, elles sont encore libres de se remarier³³⁷.

332 ATF 28 II 173; Rust, p. 58; Bally, p. 102ss. Cet intérêt dicte un traitement analogue lorsque le mariage a été dissous par voie d'annulation; cf. art. 274 al. 3 AR. Dans cette optique, la dissolution du mariage contracté en second lieu pourrait ouvrir à nouveau la voie de la revision.

333 P. 58; dans le même sens, Baerlocher, p. 177.

334 Hinderling, p. 235 n. 3.

335 Cf. Rust, p. 63; Zweifel, p. 33.

336 Baerlocher, p. 175-176.

337 Sur les conventions relatives aux effets accessoires du divorce, cf. infra, p. 250ss.

3. *Le délai*

A. *En général*

Aux termes de l'article 405 CPCN, la demande doit être introduite «dans l'année du jour de la découverte des pièces nouvelles ou de la fraude, ou du jour où le faux aura été reconnu ou déclaré». Le Code de procédure ne dispose donc pas un double délai de déchéance. Il s'agit là d'une option peu courante, mais qui se justifie à notre avis par le fait que les termes du conflit d'intérêts résolu par la revision ne se modifient pas avec l'écoulement du temps. Celui-ci n'affecte que la qualité des preuves invocables, ce qui est une autre question.

Le délai fixé par l'article 405 CPCN est un délai de péremption, dont l'écoulement rend le droit de recours caduc. La demande en revision tardive est irrecevable. L'action sombre en compagnie du droit. Insusceptible d'une suspension³³⁸, d'une interruption ou d'une prolongation³³⁹, le délai peut être restitué au plaideur empêché d'agir en temps utile, si les conditions posées par l'article 140 CPCN sont réalisées. L'hypothèse est théorique, il est vrai, étant donné la longueur du délai.

Tout délai se caractérise par trois éléments, soit son point de départ, sa durée et son échéance. Le point de départ et l'échéance peuvent poser des problèmes de supputation, non la durée. D'autre part, le respect du délai peut donner lieu à contestation, ce qui nécessite une évocation des principes applicables à la preuve de l'observation du délai.

B. *Point de départ*

L'article 405 CPCN n'est pas l'expression la plus achevée du génie législatif. D'abord, cette disposition paraît incomplète. Elle ne vise, *expressis verbis*, que les ouvertures mentionnées aux chiffres 1, 2 et 4 de l'article 403 CPCN. La cause tirée de la commission d'un faux témoignage ou d'un faux serment est laissée pour compte. Ensuite, l'article 405 CPCN donne à entendre que le délai de recours peut commencer à courir avant le prononcé du jugement attaqué. Autrement dit, le droit de recours pourrait se trouver périmé avant même que l'intérêt pour recourir soit né. Enfin, les notions de reconnaissance et de déclaration, relatives à la fausseté d'un titre, prêtent

338 Art. 150 al. 2 CPCN.
339 RJN 5 I 14.

à confusion. Il est vrai que la rédaction de l'article 405 CPCN n'est, sur ce point, que la résultante de celle de l'article 403 ch.2 CPCN.

Ces imperfections n'entraîneraient que des difficultés d'interprétation mineures, si le point de départ du délai de recours était fixé, lorsqu'il l'est de façon compréhensible, selon un critère uniforme. S'il se dégageait par exemple un principe général en vertu duquel le délai court à compter du jour où le recourant est en mesure de se prévaloir du motif qu'il a découvert, le faux témoignage et le faux serment pourraient être assimilés à la fraude dont l'article 405 CPCN fait mention. De même, il ne serait pas surprenant que le droit de recours puisse être périmé avant le prononcé du jugement: il suffirait d'en déduire que le plaideur lésé était en droit de faire valoir le motif de revision dans le cadre de la procédure principale. Or ce critère uniforme fait défaut. Dans certains cas, le point de départ du délai est fonction d'une donnée subjective. Il en est ainsi de la découverte d'un fait (la fraude) ou d'une preuve (le titre). Il n'en va pas de même de la déclaration judiciaire de la fausseté d'une pièce, qui peut avoir lieu sans que la partie intéressée en ait connaissance³⁴⁰.

Pour s'y retrouver, il convient de distinguer le fait constitutif du vice sanctionné par la revision, le fait qui matérialise le droit de recours et le fait auquel se rattache l'initium du délai de recours. Un exemple tiré du droit français actuel clarifiera les idées. Selon l'article 595 ch.2 nCPCF, la revision est ouverte «s'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement». A l'article 596 al.2 nCPCF, il est dit que le délai «court à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de revision qu'elle invoque». Le vice consiste dans le fait que le jugement a été rendu sur la base d'un faux. Le droit de recours s'actualise par la reconnaissance ou la déclaration judiciaire, qui sont à la fois la condition de l'invocation du vice et la démonstration de son existence. Enfin, la prise de conscience du droit de recours, par son titulaire, fait courir le délai. En France, les choses sont claires, au moins au niveau des principes³⁴¹.

En droit neuchâtelois, il y a confusion entre le fait qui donne sa perfection au droit de recours et le fait qui déclenche l'écoulement du délai. C'est la raison pour laquelle le faux témoignage et le faux serment ne sont pas compris dans la notion de fraude à laquelle l'article 405 CPCN fait allu-

340 Conformément à la démarche adoptée en pratique, ce travail aborde les conditions de recevabilité du recours avant les conditions de fond. La connaissance de certaines notions de fond est pourtant nécessaire au stade de la recevabilité déjà. Nous nous permettrons donc d'anticiper, dans la mesure nécessaire, sur l'étude des ouvertures à revision.

341 Comp. RB 1943 N° 19.

sion. L'affirmer reviendrait à dire que le délai de recours commence à courir avant que le droit de recours ait atteint sa perfection, par la condamnation du témoin ou de la partie coupable de faux serment, ce qui serait tout simplement absurde. On ne peut pourtant pas soupçonner le législateur d'avoir «oublié» le faux témoignage et le faux serment à l'article 405 CPCN, car l'article 408 CPCN 1876 – correspondant en substance à l'article 405 CPCN actuel – précisait bien qu'il visait «les causes mentionnées à l'article 403 Nos 4, 5, 6 et 7», équivalant aux chiffres 1, 2, 3 et 4 actuels. Force est donc d'admettre que le faux témoignage et le faux serment sont soumis au régime applicable aux titres reconnus ou déclarés faux, dont il sera question plus loin.

Que dire de l'hypothèse dans laquelle toutes les conditions du recours sont réalisées avant le prononcé du jugement, sous réserve, précisément, du prononcé lui-même? Lorsque la partie lésée est en mesure d'invoquer l'ouverture à revision potentielle en cours d'instance, il n'est pas choquant de la réputer déchue du pouvoir de le faire ultérieurement. La question relève plus du devoir de diligence des plaideurs que du délai de recours. On ne peut en dire autant lorsque l'initium du délai est fonction d'un critère objectif indépendant de la conscience qu'une partie acquiert de son droit. Certes, le choix d'un point de départ objectif implique nécessairement la possibilité qu'une partie soit déchue de la faculté de recourir avant d'avoir connaissance de son droit. Ce curieux phénomène se rencontre dans tous les systèmes qui connaissent un délai de péremption absolu, ainsi d'ailleurs qu'en droit de fond³⁴². Il procède de l'idée que la sécurité juridique l'emporte, après un certain temps, sur les intérêts qui pourraient la contrarier. Une justification de cet ordre n'entre pas en considération dans le cas qui nous occupe, et l'on recherche vainement par quels motifs le recours en revision devrait être purement et simplement exclu du seul fait qu'une condamnation pour faux dans les titres serait intervenue plus d'une année avant qu'un jugement civil fondé sur le titre déclaré faux soit rendu. Plus généralement, il serait insatisfaisant que le délai de recours puisse commencer à courir avant même que le grief du recourant soit né. Ce n'est qu'en prenant connaissance du jugement que le recourant peut se faire une idée de l'influence éventuelle du motif de revision sur l'acte attaqué³⁴³. Or il s'agit là d'une donnée essentielle à l'exercice du recours, ainsi que cela ressort du libellé des ouvertures à revision. A notre avis, l'article 405 CPCN doit être compris en ce sens que le délai de recours commence à courir, au

342 Voir par exemple l'ATF 106 II 134ss.

343 Comp. Casanova, p. 172; RB 1938 N° 3.

plus tôt, le jour où le jugement prend date à l'égard du recourant, c'est-à-dire le jour de la réception du jugement par la partie lésée ou son mandataire. Par identité de motifs, on peut même retenir, d'une façon plus générale encore, que le délai ne court pas avant la naissance de l'intérêt pour recourir, qui peut être postérieur au prononcé du jugement; ainsi, par exemple, si l'acte attaqué repose sur une motivation multiple, dont les embranchements sont indépendants. Rappelons une fois encore que cette interprétation libérale de l'article 405 CPCN ne préjuge nullement du respect, par le recourant, du devoir de diligence qui lui incombe.

Venons-en à l'initium, tel qu'il a été fixé concrètement par le législateur. Nous examinerons successivement la découverte, la reconnaissance et la déclaration.

La notion de découverte, que l'on rencontre dans de nombreux droits de la révision³⁴⁴, est comprise diversément par la jurisprudence.

En France, la Cour de Riom a rendu le 13 juin 1977 un arrêt témoignant d'une certaine mansuétude à l'égard du recourant³⁴⁵. Probablement influencée par l'article 488 aCPCF, elle a estimé que le délai ne commençait à courir, dans le cas du recours pour cause de fraude, que le jour où le demandeur avait obtenu une attestation établissant cette fraude. On retrouve, curieusement, une méthode de supputation analogue dans un ancien jugement de l'Obergericht zuricois³⁴⁶. Seul l'aveu écrit, par la mère, de ce que son enfant était issu des œuvres d'un tiers, avait fait courir le délai de recours contre le «père» condamné, qui avait déjà recueilli auparavant le même aveu oral. Dans cette optique, le délai ne court que lorsque le demandeur acquiert une preuve liquide, productible à l'appui de sa demande, de la réalité de ses affirmations. Le Tribunal fédéral soutient l'opinion contraire. Selon notre Cour suprême, le point de départ du délai ne correspond pas à la date à laquelle le recourant se trouve en mesure de prouver positivement les faits nouveaux dont il entend se prévaloir³⁴⁷. Il suffit qu'il en ait acquis une connaissance sûre, reposant sur des bases plus solides que de simples présomptions, c'est-à-dire qu'il puisse s'appuyer sur une perspective fondée de prouver l'élément nouveau.

344 Cf. notamment, art. 141 al.1 lit. b OJF; § 295 ZH; art. 596 al.2 nCPCF; § 586 al. 2 RFA.

345 Riom, 13 juin 1977, Gaz. Pal. 1978, Sommaires, 50.

346 BlzR 57 N° 148.

347 ATF 95 II 286.

Le point de vue du Tribunal fédéral est largement représenté en doctrine³⁴⁸. Il se justifie de l'adopter en droit positif neuchâtelois également, à tout le moins en ce qui concerne la fraude, qui est un fait et qui, faute de plus amples précisions de la loi, doit être traitée comme tout autre fait dont la connaissance entraîne la naissance d'un délai. On peut s'inspirer sur ce point de la jurisprudence relative à l'article 60 al. 1 CO, selon laquelle le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, des circonstances propres à motiver et à fonder une demande en justice³⁴⁹. De toute manière, si le recourant ne parvient pas, en une année, à passer du stade de la connaissance sûre à celui de la preuve positive, on peut désespérer qu'il franchisse cette étape un jour.

Une plus grande réserve s'impose, en ce qui concerne le titre, qui constitue lui-même une preuve. Le terme «découverte» de l'article 405 CPCN doit être mis en parallèle avec le mot «recouvrer», qui figure à l'article 403 ch. 1 CPCN, et qui semble présupposer la détention matérielle du titre. C'est ainsi, du moins, que l'entend la doctrine française³⁵⁰. Il a toutefois été admis, isolément, en France³⁵¹ et en RFA³⁵², qu'un recours en revision pouvait aboutir quand bien même la pièce recouvrée n'aurait pas été produite, si son contenu ne pouvait être mis en doute. Stein/Jonas³⁵³ et Garsonnet/César-Bru³⁵⁴ adoptent une position intermédiaire: une pièce est recouvrée lorsque le recourant l'a en main ou lorsqu'il prend connaissance de son contenu, s'il est fondé à en requérir la production par celui qui la détient. Cette opinion repose sur l'idée que le tribunal doit, dans tous les cas, pouvoir prendre connaissance de la pièce. A défaut, la procédure de revision n'a pas de raison de se développer. L'idée est juste, mais en pratique, la détention matérielle entrera le plus souvent seule en considération. En effet, l'obligation de produire des titres est étroitement circonscrite en droit neuchâtelois, et elle porte essentiellement sur des pièces dont le recourant potentiel était censé connaître l'existence et le contenu lors du procès³⁵⁵. Dès lors, soit le recourant requiert l'édition du titre en cours de procédure, auquel cas une demande en revision fondée sur la seule connaissance du titre n'apportera aucun élément nouveau, soit il n'en sollicite pas la produc-

348 Birchmeier, p. 513; HP. Marti, p. 22-23; Sträuli/Messmer, n. 1 ad § 295 ZPO; Rust, p. 70; cf. aussi Stein/Jonas, n. m. 3 ad § 586 ZPO.

349 Voir entre autres ATF 96 II 41; 93 II 502-503.

350 Cf. Joly, N° 95, et les références.

351 Rouen, 1^{er} août 1906, Gaz. Pal. 1906.2.271 ss.

352 RGZ 135 p. 123 ss.; comp. Gaul, Grundlagen, p. 133-134; Braun, p. 264.

353 N. m. 3 ad § 586 ZPO.

354 P. 791.

355 Cf. art. 263, 264, 269 CPCN.

tion, et il aura quelque peine à faire admettre un cas de rétention à l'appui de son recours.

Pour être parfaite, la découverte du titre ou de la fraude doit être le fait de la personne habile à exercer le droit de recours. Si cette personne est privée de la capacité de procéder, le délai ne commence pas à courir avant que cette condition subjective soit réalisée en la personne de son représentant légal. Qu'en est-il de la représentation conventionnelle? En bonne logique, l'étendue du mandat conféré au représentant devrait déterminer si la découverte de l'ouverture à revision, par celui-ci, est imputable au représenté. Une fois le mandat arrivé à son terme, une telle imputation est exclue de toute manière. Avant ce moment, la jurisprudence allemande admet que la prise de conscience du motif, par le mandataire, fait courir le délai³⁵⁶. A. Joly le conteste en droit français^{356bis}. Selon l'article 56 CPCN, le mandat emporte, de plein droit, le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire à l'instruction d'une procédure jusqu'à jugement définitif, de procéder à l'exécution du jugement, de recevoir le remboursement des frais et d'en donner quittance. La procuration-type en usage dans le barreau neuchâtelois autorise le mandataire à faire «tout ce qu'il jugera utile à la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés». Ces formules ne renseignent pas sur l'ampleur de la substitution. D'une manière générale³⁵⁷, on admet qu'une partie doit se laisser imputer les actes et les abstentions, même fautifs, de son représentant en justice, à telle enseigne qu'une erreur de ce dernier est parfois érigée en ouverture à revision³⁵⁸. L'oubli de produire telle preuve³⁵⁹, l'omission de requérir l'assistance judiciaire³⁶⁰ ou d'interjeter en temps utile un recours dont le délai court dès la réception de l'acte attaqué³⁶¹, représentent autant d'erreurs qu'une partie ne peut réparer en invoquant la faute de son mandataire. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. La production de moyens de preuve, la réception d'un jugement, s'inscrivent dans la ligne normale de la représentation procédurale impliquée par le mandat d'agir en justice. On ne peut en dire autant de la prise en considération d'un événement extraprocédural, qui donne naissance à un droit de recours extraordinaire, une fois le procès terminé. La découverte du motif de revision par la partie elle-même est seule déterminante.

356 BGHZ 31 p. 351 ss., 354-355.

356bis N° 131 i.f.

357 ATF 105 II 155; 91 II 438 ss.; RJN § 1 141; BlzR 60 N° 54; Extraits 1960 p. 130 ss.; Sträuli/Messmer, n. 5 ad § 29 ZPO.

358 Cf. supra, p. 83; cette particularité remonte au droit commun; voir A. Renaud, Lehrbuch des Civilprozessrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilprozessgesetzgebungen, 2^e éd., Leipzig/Heidelberg 1873, p. 175-176, 610 ss.

359 ATF 89 I 159 ss.

360 ATF 87 II 364 ss.

361 ATF 110 Ib 95; 106 II 173 ss.; 82 II 254 ss.; 60 II 352, 353 ss.

La langue juridique neuchâteloise est peu familiarisée avec la notion de reconnaissance. Tout au plus peut-on lire, à l'article 273 CPCN, que «la partie qui veut faire reconnaître qu'un acte authentique ou une pièce écrite, invoquée au procès, est entachée de faux matériel, est tenue de s'inscrire en faux (...)». Le parallèle entre l'article 273 CPCN et l'article 405 CPCN est tentant. La reconnaissance ne serait autre que la déclaration judiciaire de fausseté intervenue à la suite d'un incident de faux. Le raisonnement est vicié. La rédaction de l'article 403 ch. 2 CPCN remonte au Code de 1876. Elle s'inspire de l'article 480 ch. 9 aCPCF. L'article 273 CPCN, en revanche, remonte, dans sa teneur actuelle, à la Loi sur l'introduction du Code civil suisse, du 22 mars 1910. Il est vrai qu'auparavant, le verbe reconnaître apparaissait déjà dans les dispositions relatives à l'incident de faux, mais pris dans des acceptions diverses et non techniques³⁶². C'est bien dans l'ancien droit français que doit être recherché le sens du mot «reconnaissance».

Selon une formule classique, la reconnaissance est l'aveu du faux par la personne à qui il est imputé ou contre qui il est invoqué, quelle que soit la forme de cet aveu³⁶³. La jurisprudence récente semble exiger que la reconnaissance émane de la partie qui a utilisé le faux³⁶⁴. Une telle restriction ne s'impose pas du point de vue systématique. La valeur probante de l'aveu passé par la partie qui a bénéficié du jugement n'est pas supérieure à celle de la reconnaissance émanant de l'auteur du faux.

La reconnaissance est-elle un acte soumis à réception de la part du recourant ou de son auteur? En d'autres termes, l'aveu ne vaut-il reconnaissance que s'il est adressé au recourant ou, à tout le moins, lorsque le recourant l'apprend? Le bon sens paraît imposer une réponse affirmative que le texte de la loi semble exclure pourtant: l'article 403 al. 2 CPCN dispose en effet qu'il y a lieu à révision s'il a été jugé sur pièces que l'une des parties, «lors du jugement, ignorait avoir été reconnues (...) fausses». Autrement dit, la reconnaissance – antérieure au jugement – suppose l'ignorance du plaideur à qui elle profiterait. Il serait paradoxal de retenir le principe inverse dans l'hypothèse d'une reconnaissance postérieure au jugement.

L'ancienne jurisprudence française s'est trouvée confrontée à la question qui nous occupe, et elle l'a résolue en ce sens que le délai pour in-

362 BGC 70 p. 53, 116ss., 237, 321ss.

363 Joly, N° 105, et les références; cf. aussi Garsonnet/César-Bru, p. 788.

364 Poitiers, 4 juin 1980, Bulletin d'information de la Cour de cassation civile 1981, N° 251; comp., Blanc/Viatte, p. 404. Dans le même sens, Cour de cassation italienne, 7 novembre 1958, RDP 1960, p. 125ss.; de même, RJN 3 t 132.

terjeter une requête civile ne courait qu'à compter du jour où la reconnaissance était subjectivement connue du recourant³⁶⁵. Cette interprétation restrictive du terme reconnaissance peut être reprise en droit neuchâtelois.

Quant à la déclaration, il s'agit de l'établissement du faux en justice, résultant d'une décision rendue par une juridiction civile ou pénale³⁶⁶.

Sur le plan civil, l'établissement du faux ne peut avoir lieu qu'à la suite d'un incident de faux au sens des articles 273 ss. CPCN. Le législateur a donc été mal inspiré d'utiliser le terme «reconnaître», à l'article 273 CPCN, alors qu'il ne s'agit précisément pas d'un cas de reconnaissance. Soit le juge constate que la pièce a été fabriquée ou falsifiée, et il y a déclaration au sens de l'article 403 ch.2 CPCN, soit tel n'est pas le cas, et il n'y a pas lieu à revision.

Sur le plan pénal, en revanche, la déclaration peut être comprise de diverses manières. En France, elle doit figurer dans un jugement bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire émanant d'une juridiction pénale de jugement, à l'exclusion d'une autorité d'instruction³⁶⁷. On a vu plus haut³⁶⁸ les divergences que révèlent les lois de procédure suisses, en ce qui concerne les ouvertures fondées sur une infraction pénale. Certaines d'entre elles exigent un jugement pénal. D'autres estiment suffisant que les faits constitutifs de l'infraction aient été établis par une procédure pénale. La seconde option nous paraît préférable. La déclaration de fausseté est exigée pour des raisons de preuve. La qualité de cette preuve n'est pas fonction de ce qu'un jugement au fond est intervenu. Elle l'est encore moins d'une condamnation éventuelle.

La déclaration est parfaite dès l'instant où l'acte qui la contient n'est plus attaqué par une voie de recours ordinaire.

L'ouverture tirée de la commission d'un faux témoignage ou d'un faux serment suppose, en principe, une condamnation. L'initium du délai ne saurait donc courir du seul fait que l'auteur a avoué l'acte délictueux; il se rattache donc nécessairement à la notion de déclaration, qui prend dans le cas particulier la forme d'un jugement pénal. Ici également, le délai de recours court à compter du jour où la condamnation entre en force. On peut toutefois se demander si l'article 403 ch.3 CPCN ne doit pas être interprété de manière extensive, en ce sens que le droit de recours naîtrait de la seule

365 Amiens, 28 juillet 1947, S. 1948.2.23 ss., note H. Solus.

366 Cf. SJ 1941 p.246; 1909, p.544; comp. RJN 3 1 132.

367 Hébraud, N° 56; Joly, N° 109; contra, Garsonnet/César-Bru, p.788 n.8.

368 Cf. supra, p.85.

constatation, par une juridiction pénale, de ce que le témoignage ou le serment était objectivement faux. Cette interprétation ne saurait être retenue que si elle résultait indiscutablement de la ratio legis, ce qui ne nous paraît pas établi.

L'exigence d'une condamnation préalable ne se justifie certes pas pour des raisons liées à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. G. Scyboz relève en effet que, «de l'avis de plusieurs juges cantonaux consultés, le juge civil, dans la pratique, et bien qu'aucune décision topique n'ait été publiée, ne se considère pas comme lié en rien par le juge pénal, ni sur le fait, ni sur le droit»³⁶⁹. Dans ces conditions, le jugement pénal a essentiellement valeur de preuve. Or, on l'a dit, la force probante d'une condamnation n'est pas nécessairement supérieure à celle d'un jugement de libération. Cependant, le droit neuchâtelois de la revision ne repose pas uniquement sur le principe de la sécurité des preuves. Il sanctionne aussi la fraude et la déloyauté, sans requérir toujours l'apport d'une preuve particulière. Il serait donc vain de réfuter la lettre de l'article 403 ch.3 CPCN en se plaçant sur le seul terrain de la sécurité des preuves. La condamnation pénale suppose la constatation d'une intention dolosive; cette circonstance peut apporter une justification partielle à l'exigence d'une condamnation. Il se peut néanmoins que toutes les conditions de punissabilité objectives et subjectives soient réunies, sans qu'une condamnation soit possible. Il en est ainsi, en particulier, lorsque le faux témoin ou la partie qui a prêté faux serment décède au cours de l'instruction pénale. Si l'on entend exclure la revision, même dans ce cas-là, ce ne peut être qu'en tirant argument de la cohérence de l'activité juridictionnelle³⁷⁰. Celle-ci s'accommoderait mal de ce qu'un même acte soit effectivement puni tout en restant irrévocablement placé à la base d'un acte de souveraineté étatique. Un raisonnement aussi limitatif nous paraît tout de même trop formaliste. La revision doit être accordée lorsque les autorités pénales constatent que le faux témoignage et le faux serment étaient bel et bien punissables, si l'action pénale avorte pour une raison étrangère aux données de ce constat. Dans cette hypothèse également, le délai court dès l'entrée en force de la décision pénale.

En droit fédéral, le recours interjeté avant qu'une décision pénale soit intervenue est rejeté³⁷¹. Une telle sévérité n'est pas indispensable. La procédure de revision introduite prématurément peut être suspendue jusqu'à droit connu au pénal³⁷².

369 Scyboz, p. 137.

370 Comp. Johannsen, p. 90.

371 ATF 86 II 200.

372 Comp. ATF 108 Ia 105ss.

Le délai commence à courir même si l'événement qui le déclenche se produit un jour férié³⁷³.

C. *Echéance*

La computation du délai obéit à la règle ordinaire. Le délai échoit le jour qui, dans le dernier mois, correspond par son tantième au jour à partir duquel il a commencé à courir³⁷⁴. S'il arrive à échéance un jour férié ou un samedi, son expiration est reportée au premier jour utile qui suit³⁷⁵. En revanche, les vacances judiciaires restent sans influence sur son échéance.

En droit de procédure, l'acte du justiciable est régi par le principe de l'expédition³⁷⁶. Il est réputé accompli au moment de son dépôt au greffe du tribunal compétent, à un bureau de poste suisse ou dans une boîte aux lettres de l'entreprise des PTT. Le Tribunal fédéral a récemment levé toute ambiguïté sur ce dernier point, en déclarant arbitraire, d'une façon générale, le fait de ne pas assimiler le dépôt dans une boîte aux lettres à la remise à un bureau de poste³⁷⁷. Lorsque le dépôt est effectué au greffe du tribunal ou à un bureau de poste, il doit l'être pendant les heures officielles d'ouverture. Le délai est néanmoins observé si le mémoire est déposé dans une boîte aux lettres des postes suisses le dernier jour utile avant minuit. Enfin, l'acte remis à un bureau de poste ou dans une boîte aux lettres étrangers est valablement accompli au moment où un bureau de poste suisse le reçoit³⁷⁸.

D. *Preuve du respect*

Il incombe au recourant de prouver qu'il agit en temps utile³⁷⁹. Ce principe est de jurisprudence constante en cassation et en appel; quelle en est la portée dans le domaine de la revision? Le délai de recours est un délai de péremption et son respect est une condition de la protection juridique. On ne peut donc raisonner, en ce qui le concerne, comme en matière de prescription qui, lorsqu'elle est acquise, constitue un fait destructeur. Par conséquent, le demandeur en revision supporte effectivement le fardeau de la preuve, qu'il s'agisse du *dies a quo* ou du *dies ad quem*.

373 RJN 7 I 310; 5 I 176.

374 Art. 136 CPCN; comp. art. 77 CO.

375 Art. 1^{er} de la Loi sur la supputation des délais de droit cantonal, RSN 161.7.

376 Cf. Jeanprêtre, p. 349.

377 ATF 109 Ia 183; voir, précédemment, ATF 105 Ia 52 ss.; 98 Ia 249.

378 ATF 92 II 215-216.

379 RJN 2 I 120; CCC VI 200; V 484; comp. ATF 99 Ib 359.

La jurisprudence française admet l'existence d'une présomption, «si ténue soit-elle», en vertu de laquelle le demandeur est «réputé avoir connu la cause de revision plus de deux mois avant la formation du recours»³⁸⁰. Ce point de vue recueille l'adhésion de MM. Julien et Perrot³⁸¹.

Si une certaine sévérité se justifie, celle-ci ne doit pas aboutir à une dénaturation des règles ordinaires relatives au fardeau de la preuve. Exiger du recourant qu'il établisse les faits positifs qu'il allègue, c'est normal, à tout le moins lorsque ces allégations sont susceptibles d'être prouvées. S'il affirme par exemple avoir découvert la fraude de son adversaire par une lettre que lui a adressée un complice de la machination, il lui appartiendra d'établir la date de la réception de cette lettre. Il serait excessif, en revanche, de lui imposer la preuve de ce qu'il ne connaissait pas le fait invoqué avant l'événement qu'il établit. Il s'agit là d'un fait négatif indéterminé dont il est pratiquement impossible d'apporter la démonstration³⁸². On ne peut donc parler d'une présomption de tardivité, à peine de vider le droit de recours de sa substance³⁸³. Il appartient bien plutôt à l'intimé d'établir que le délai de recours avait commencé à courir avant l'événement prouvé par le recourant.

La preuve du fait auquel se rattache l'initium du délai n'est, elle-même, pas toujours aisée à rapporter, quand bien même le fait en question est positif et déterminé. Le recourant pourra par exemple éprouver quelque peine à établir la date à laquelle il a découvert le titre que son adversaire avait retenu ou celle à laquelle il a acquis une connaissance sûre de la machination ourdie contre lui.

D'après une jurisprudence immuable³⁸⁴ du Tribunal fédéral, les difficultés auxquelles un plaideur est confronté en matière de preuve n'entraînent pas une inversion du fardeau de la preuve. Certains aménagements se justifient néanmoins, selon les circonstances. Ceux-ci peuvent prendre la forme d'une mise à contribution de l'intimé, en vertu du devoir d'éclairer le débat tiré du principe de la bonne foi. Le recourant se trouve en effet «dans une situation qui rompt l'égalité voulue entre les parties», de sorte que «l'équité commande (...) une attitude de collaboration qui va au-delà de ce qui peut être demandé dans une situation dans laquelle les deux parties se trouvent dans une position d'égalité»³⁸⁵. De même, un déplacement du

380 Civ., 2^e, 2 avril 1979, D. 1979. IR. 482, confirmant un arrêt de la Cour de Riom.

381 Julien, loc. cit. n.380 supra; Perrot, RTrim. 1979 p.674.

382 Deschenaux, p.247; Kummer, n.196 ad art.8 CC.

383 Comp. ATF 84 II 599-600.

384 ATF 107 II 275, et les références.

385 F. Picot, La bonne foi en droit public, in RDS 1977 II 146.

thème³⁸⁶ de la preuve peut permettre au juge d'inférer le respect du délai de faits indirectement pertinents. On peut admettre enfin, comme l'ont fait certaines lois de procédure, que la preuve stricte de l'observation du délai n'est pas indispensable³⁸⁷. Une relative mansuétude paraît d'autant plus légitime qu'en droit neuchâtelois, les problèmes de preuve se conçoivent essentiellement dans les hypothèses où le recours se fonde sur un comportement déloyal de l'adversaire. Les intérêts de ce dernier sont certes menacés par une entrée en matière décidée à tort, mais ils le sont beaucoup moins gravement que ceux du recourant qui échouerait dans la preuve positive de l'initium du délai.

Quant à la preuve de ce que le droit de recours a été exercé avant l'échéance du délai, elle est apportée, dans la règle, par le sœau postal. Le recourant est admis, cependant, à prouver qu'il a agi avant la date indiquée sur le tampon³⁸⁸. Cette preuve peut notamment résulter du témoignage d'une personne qui aurait assisté à la remise de l'acte dans une boîte aux lettres³⁸⁹.

4. *La forme et le contenu du recours*

A. *Forme*

La loi opère une distinction, selon que le recours relève des tribunaux inférieurs ou du Tribunal cantonal (y compris la Cour de cassation). En instance inférieure, la demande est introduite comme toute autre demande principale. Portée devant le Tribunal cantonal, elle doit revêtir la forme du recours en cassation. Les raisons de cette curiosité ont déjà été exposées³⁹⁰. Rappelons seulement qu'en 1876, le législateur avait intégralement soumis la procédure de revision typique aux dispositions ordinaires, le tribunal de première instance étant toujours compétent. Les formes et la procédure de cassation ne s'appliquaient que lorsque l'ouverture invoquée constituait en réalité un motif de nullité. La différence s'expliquait aisément à l'époque: la demande obéissait au régime de la cassation lorsque le recourant entendait établir une erreur fautive du tribunal. Il était en revanche procédé selon les règles ordinaires quand la demande introduisait un élé-

386 Deschenaux, p. 246; Kummer, n. 205 ad art. 8 CC.

387 § 589 al. 2 RFA; cf. aussi art. 371 al. 2 BE.

388 Cf. Jeanprêtre, p. 349, et les références, à la n. 6; comp. art. 395 i.f. CPCN; RJN 2 I 120; CCC VI 200. Une erreur d'oblitération peut précisément constituer un fait nouveau apte à fonder la revision d'un jugement d'irrecevabilité; cf. ATF 38 I 686, 834.

389 ATF 109 Ia 184.

390 Cf. supra, p. 145.

ment de fait inconnu du juge. Certes, la notion de machination frauduleuse inclut la possibilité d'une prévarication, mais cette hypothèse exceptionnelle ne remet pas en cause l'idée générale dont découlait la différence de traitement mentionnée. Seules subsistent de nos jours les ouvertures typiques, et c'est d'un facteur contingent au regard de la cause invoquée – soit la compétence de l'autorité dont émane le jugement attaqué – que dépend le statut formel de la demande. Avant d'examiner dans quelle mesure cette discrimination est acceptable, il faut évoquer les caractéristiques de la demande principale, d'une part, du recours en cassation, d'autre part.

Dans la règle, la demande principale est formée par exploit. Lorsqu'elle est introduite en procédure ordinaire ou accélérée, elle doit satisfaire aux exigences fixées par les articles 108 et 153 CPCN, c'est-à-dire fournir toutes les indications utiles à l'identification des parties, indiquer l'objet de la signification, contenir l'exposition des faits et des motifs de droit sur lesquels elle se fonde, ainsi que les conclusions du demandeur et la mention du délai de réponse. L'exploit, daté et signé du recourant ou de son mandataire, est déposé au greffe ou consigné à la poste en un nombre d'exemplaires d'une unité supérieure à celui des parties défenderesses.

En procédure orale, l'instance est introduite soit par la remise d'un exploit de citation au président du tribunal, soit par la comparution volontaire des parties. Dans les deux hypothèses, le recours est motivé oralement, et les conclusions prises peuvent être modifiées jusqu'à leur inscription au procès-verbal³⁹¹.

En procédure sommaire, la demande consiste dans une requête motivée en deux doubles, déposée avec pièces à l'appui. La même règle s'applique aux conclusions civiles prises au procès pénal. C'est également la forme de la requête que doit revêtir le recours en cassation.

391 L'art. 1^{er} de la Loi portant révision du code de procédure civile (CPC) et de la loi concernant l'introduction du code civil suisse (LICCS), du 17 décembre 1984, prévoit que la procédure orale régira désormais les contestations civiles dont l'objet de la demande n'atteint pas 8000 francs. L'art. 5 de la même loi dispose que «les procédures en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente loi restent soumises au droit ancien». Si l'on considère que la procédure de recours proprement dite (rescindant) constitue un nouveau procès, on peut être tenté de soutenir que la révision d'un jugement rendu en procédure écrite, sous l'empire de l'ancien droit, doit être sollicitée dans les formes évoquées dans le texte. Cependant, la phase du rescisoire sera régie par la procédure écrite, d'où la possibilité d'un conflit, car l'acte de recours peut contenir des faits ou des conclusions relatifs au fond (cf. infra, p. 204 ss.). A notre avis, il est préférable d'interpréter l'art. 5 de manière extensive, et de soumettre l'ensemble de la procédure de révision aux formes de l'ancien droit. Cela nous paraît d'autant plus indiqué que la novelle du 17 décembre 1984 est un texte malheureux, adopté à la hâte, qui ne contribuera certainement pas à l'épanouissement de la sécurité juridique.

Rédigé en français, daté et signé, le pourvoi désigne les parties et l'acte attaqué. Il est motivé et porte des conclusions. Une jurisprudence inaugurée par l'arrêt publié au RJN 4 I 16 renonce à faire de la jonction au recours de l'acte attaqué une condition dont le non-respect entraînerait d'office l'irrecevabilité du recours. Cette formalité n'aurait d'ailleurs aucun sens, s'agissant d'une voie de rétractation telle que la revision.

La requête peut-elle assumer la fonction de l'exploit, et inversement? Du point de vue de leurs conditions de validité formelle, l'exploit et la requête sont proches. Un exploit de demande régulier est convertible en une requête valable. L'inverse n'est pas toujours vrai. Une demande en divorce a par exemple été déclarée nulle parce que les allégations du demandeur étaient défectueuses. N'ayant pas été présentées sommairement, en termes clairs et articulés, elles ne permettaient pas à la défenderesse de s'expliquer valablement³⁹².

La jurisprudence a surtout insisté sur le fait qu'une requête ne saurait tenir lieu d'exploit, en raison de la différence de nature entre les deux actes. L'exploit est une communication juridique faite en dehors de l'audience à la partie adverse. Il est essentiel que cet acte, destiné à être signifié, soit immédiatement porté à la connaissance de la personne à qui il est adressé. La requête, en revanche, est adressée au juge. Celui-ci n'est pas tenu de la communiquer, dès réception, à la partie adverse. Il examine d'abord si elle n'est pas évidemment irrégulière ou mal fondée et il peut, selon le cas, statuer sans citation préalable³⁹³.

La différence a son importance, mais elle ne suffit à exclure la conversion d'une requête en une demande. On ne peut pas non plus tirer une distinction essentielle du fait qu'un exploit ne produit en principe aucun effet juridique avant d'être signifié, c'est-à-dire consigné à la poste par le greffe, son auteur pouvant en disposer jusqu'à ce moment³⁹⁴. Cette règle générale ne vaut précisément pas pour l'exploit de demande. A cet égard, demande et requête sont logées à la même enseigne.

En résumé, un exploit peut tenir lieu de requête; une requête, si elle ne satisfait pas en tous points à la forme de l'exploit, peut être convertie à notre avis en un exploit valable, selon la procédure prévue aux articles 162 lettre g, 76 et 168 CPCN.

392 Tribunal civil du district de Neuchâtel, sur moyen préjudiciel, du 15 novembre 1977, B. c. B.

393 CCC VI 236.

394 RJN I I 21 ss.

Il n'empêche que la correction d'un exploit de demande en procédure ordinaire n'est pas soumise au même régime que le redressement d'un pourvoi en cassation. La demande viciée doit être refaite. Le pourvoi irrégulier peut être complété. Cette différence est secondaire. Il n'en va pas de même des modalités temporelles auxquelles est soumise la régularisation de l'acte.

Une fois l'instance pendante, les erreurs de forme qui entachent la demande sont corrigibles en cours de procédure, sans limite temporelle absolue. La réforme permet de les réparer jusqu'à la clôture des débats.

La procédure de cassation est plus stricte: «la recevabilité du pourvoi se juge à l'ensemble des actes accomplis à temps»³⁹⁵. La réforme «ne saurait viser le pourvoi lui-même. Cela reviendrait à autoriser le recours hors délai».³⁹⁶

Le recours en revision est soumis, lui aussi, à un délai de péremption. Sur ce point, les règles applicables au pourvoi sont taillées à sa mesure, non pas les règles de procédure ordinaire, qui ouvrent la porte à tous les excès. A notre avis, il incombe au recourant de régulariser sa demande avant l'échéance du délai de recours. Si elle est affectée d'un vice entraînant la nullité de l'exploit, la sanction est l'irrecevabilité du recours, que le juge doit constater d'office.

Sous la réserve qui précède, l'inattention du législateur ne tire pas à conséquence.

B. Contenu

a) Les allégations

Le droit d'obtenir la revision découle, en l'état actuel, du droit judiciaire privé. Si les règles de procédure cantonale ne doivent pas entraver la réalisation du droit matériel, on considère encore de nos jours que le recours en revision n'est pas nécessaire à cette réalisation, même s'il la favorise. L'étendue et les limites du fardeau de l'allégation (*Substanziierungslast*) sont donc déterminées par le droit cantonal, qui peut poser des règles plus strictes, en cette matière, que celles qui se dégagent de la jurisprudence fédérale relative à l'action fondée sur une prétention matérielle. En fait, ni la loi, ni la jurisprudence neuchâteloises n'instituent une différence de traitement sur ce point. Le recourant doit alléguer tous les faits propres à établir

395 Schüpbach, cassation, p. 264.

396 Schüpbach, cassation, p. 277.

la recevabilité et le bien-fondé du recours. Le fait que le tribunal examine d'office la recevabilité de la demande ne le dispense pas de la charge d'apporter au dossier les éléments nécessaires à la constatation de sa qualité, de son intérêt et du fait qu'il agit en temps utile³⁹⁷. Le recours contient en outre l'exposé des faits constitutifs de la cause invoquée, ainsi que l'affirmation de l'influence que leur méconnaissance a exercée sur l'issue du litige.

Le vice invoqué peut avoir affecté la rédaction de la demande ou de la réponse originales. Il faudrait alors, en théorie, exiger du recourant qu'il reprenne l'intégralité des faits allégués lors du premier procès. Pratiquement, on pourra se contenter d'un simple renvoi, pour autant que le recours indique clairement quelles allégations sont maintenues. Les nova ne sont admissibles que s'ils sont directement liés à la cause de révision invoquée, dans toute la mesure où le principe d'immutabilité s'applique.

b) *Les preuves*

En procédure ordinaire, le législateur neuchâtelois a renoncé à imposer aux parties l'indication immédiate de leurs moyens de preuve³⁹⁸. L'article 408 CPCN ne déroge pas, sur ce point, à la règle ordinaire. Le demandeur est évidemment libre d'invoquer et de produire ses preuves par anticipation, particulièrement s'il s'agit de documents. En procédure de cassation, la jurisprudence retient que le recourant doit produire la décision attaquée et prouver d'entrée de cause que le recours est exercé dans le délai. S'il omet de le faire, un bref délai lui est imparti pour réparer son oubli. Vu le caractère du pourvoi, limité aux questions de droit, on peut en déduire la règle générale inverse de celle qui est valable en instance inférieure: «les parties ont la faculté, sinon l'obligation, d'y joindre toutes pièces utiles à l'intelligence du pourvoi ou de la réponse»³⁹⁹. Il ne s'agit toutefois que d'une règle d'ordre, et elle ne vaut qu'en tant que le recourant est effectivement en mesure de produire les preuves nécessaires à la démonstration des motifs de révision. La pièce recouvrée peut être jointe au recours, non le témoin d'un acte frauduleux. Selon les circonstances, l'autorité de recours devra donc se contenter d'une «production verbale» (Verbalproduktion)⁴⁰⁰.

397 Ce qui présuppose l'allégation des conditions d'exercice du droit de recours, telles que la reconnaissance ou la déclaration de fausseté, ou encore la condamnation du faux témoin ou du parjure. Pour quelques exemples, cf. SJ 1949 p.356; 1929 p.119; Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Maximen) 1967 N° 562, SJZ 1969 p.214.

398 BGC 90 p.279.

399 Schüpbach, cassation, p.276.

400 Guldener, ZPR, p.330.

c) *Les motifs juridiques*

L'indication des dispositions ou des principes juridiques applicables prend en procédure ordinaire l'aspect d'une clause de style. La demande en revision est individualisée de manière assez précise par les faits allégués et les conclusions. L'omission de citer l'article 403 CPCN n'empêche pas l'exploit d'accomplir sa fonction⁴⁰¹. Il en va de même lorsque le recours revêt la forme d'une requête. La jurisprudence admet qu'un moyen de recours non invoqué formellement est recevable s'il paraît néanmoins invoqué de façon suffisamment claire⁴⁰².

d) *Les conclusions*

La vocation globalement réformatoire du recours en revision, d'une part, la sévérité dont la Cour de cassation a fait preuve en déclarant irrecevable un pourvoi tendant à la réformation de l'acte attaqué, sous l'empire de l'ancien article 401 CPCN⁴⁰³, d'autre part, tendraient à faire admettre, mutatis mutandis, l'irrecevabilité de la demande tendant à la seule annulation du jugement entrepris. Le Tribunal cantonal a pourtant fait preuve d'une remarquable mansuétude en entrant en matière sans la moindre hésitation sur une demande portant pour seule conclusion: «réviser le jugement du 16 décembre 1974 dans la cause André Erb c. Gaston Antonietti»⁴⁰⁴. Le Tribunal fédéral est plus sévère⁴⁰⁵.

La demande reprenant les conclusions initiales est toujours recevable. Une conversion des conclusions est admissible aux conditions de l'article 161 CPCN et, de façon plus générale, lorsque l'exécution du jugement faisant suite aux conclusions initiales ne serait plus possible. Une amplification n'est acceptable que dans l'hypothèse où la chose jugée s'opposerait à une action au fond complémentaire.

Les demandes nouvelles proprement dites doivent être examinées au regard des dispositions relatives à la jonction de causes⁴⁰⁶.

Le recourant peut conclure à l'annulation partielle du jugement attaqué. Contrairement aux articles 379 et 401 CPCN, l'article 410 CPCN

401 Cf. CCC non publié du 5 mars 1984, K.-B. et K. c. G.; comp. RB 1943 N° 6.

402 RJN 7 I 330; comp. CCC V 537.

403 RJN 2 I 121.

404 RJN 6 I 396ss., 398.

405 ATF 85 II 54ss.

406 Cf. infra, p. 257ss.

consacre le principe de la divisibilité du jugement. Encore faut-il que le recourant veille à ne pas entreprendre qu'une fraction du dispositif, si celle-ci est indissolublement liée à un chef qui ne peut subsister seul, car le recours devrait alors être écarté.

IV. *La préservation du droit à la revision*

1. *L'observation du devoir de diligence incombant aux plaideurs*

Les articles 403 ss. CPCN ne mentionnent pas expressément le devoir de diligence de la partie lésée, dont de nombreuses lois de procédure font une condition du succès du recours⁴⁰⁷. L'article 403 ch. 1 CPCN consacre implicitement ce principe, en limitant la revision à la découverte d'une pièce retenue par l'adversaire ou par un cas de force majeure. Le Tribunal cantonal a pu se dispenser jusqu'à maintenant de se prononcer sur sa valeur générale en droit neuchâtelois de la revision⁴⁰⁸. Celle-ci doit être affirmée. Portant une atteinte sensible à la sécurité juridique, le recours en revision n'est pas un remède à la négligence des parties. Au reste, la règle générale selon laquelle un plaideur doit subir les conséquences de la légèreté avec laquelle il défend ses intérêts en justice trouve diverses illustrations dans la loi et la jurisprudence⁴⁰⁹.

Le devoir de diligence comporte deux facettes. Il consiste d'abord dans la recherche des éléments propres à emporter la conviction du tribunal. Il se traduit ensuite par l'incombance d'utiliser en temps utile les instruments procéduraux idoines.

Le procès civil étant placé dans la règle sous la responsabilité des parties, il incombe à celles-ci de présenter au juge la matière sur laquelle porteront ses déductions et, en particulier, de procéder à la recherche des faits et des preuves utiles à la consolidation de leur position. D'après la doctrine⁴¹⁰ et la jurisprudence⁴¹¹, la diligence requise doit être déterminée selon

407 Art. 595 al. 2 nCPCF; § 582 RFA; art. 273 ch. 2 GR; § 236 al. 2 NW; art. 137 lit. b OJF; § 246 ch. 2 BL; § 300 ch. 2 TG; § 289 lit. b UR; art. 435 ch. 2 SG; § 215 ch. 3 ZG; § 372 ch. 1 SH; art. 321 ch. 1 GL; art. 346 lit. d TI; art. 282 al. 1 OW; § 222 al. 1 SZ; § 293 al. 1 ZH; art. 274 al. 1 ch. 1 AR; § 278 al. 1 lit. a pTG; § 344 lit. a pAG; art. 261 lit. a pSG; § 432 pLU.

408 RJN 6 I 401.

409 Voir par exemple les art. 77 al. 2 et 147 CPCN; RJN 4 I 5 ss., 145; pour une illustration récente de la même idée, cf. ATF 107 Ib 159.

410 Rust, p. 127; Forni, p. 99; Stein/Jonas, n.m. I ad § 582 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 161 II 1.

411 ATF 98 II 255; cf. aussi ATF 77 II 286; 76 I 136; 38 I 834; 30 II 183; RGZ 99 p. 170; RGP 1980 p. 78; BJM 1974 p. 58; SJ 1943 p. 94.

une référence objective. Le tribunal doit rechercher quelles mesures d'investigation un plaideur raisonnablement consciencieux aurait entreprises en vue de s'assurer la victoire. Il ne suffit donc pas d'avoir ignoré un élément de fait pertinent, l'existence ou le contenu d'une preuve concluante; il faut encore que cette méconnaissance ne résulte pas d'une inattention fautive. Si une certaine vigilance est de rigueur au prétoire, les circonstances n'impliquent pas nécessairement le devoir de soupçonner a priori la mauvaise foi des autres participants au procès et de se livrer à une inquisition systématique. On pourra toutefois reprocher au recourant, par exemple, de ne s'être pas inquiété du contenu d'une pièce dont il pouvait supposer l'existence, si celle-ci était apte à prouver un fait dont le tribunal a retenu l'inexistence sur la base d'un faux témoignage.

La partie lésée par un motif de revision doit encore établir qu'elle s'est trouvée, sans faute de sa part, dans l'impossibilité d'introduire aux débats l'élément sur lequel elle fonde son recours. Cela signifie d'abord que le recours en revision ne confère pas aux plaideurs des droits qu'ils n'auraient pas eus en cours d'instance. Il ne leur restitue pas non plus des prérogatives qu'ils auraient négligé d'exercer, telle la contestation de la qualification d'un expert ou du contenu d'un rapport d'expertise⁴¹². De même, si le juge écarte une offre de preuve tendant à l'édition d'un document par l'adversaire, en appréciant la preuve de manière anticipée, cette appréciation ne peut être remise en question par la production ultérieure du titre, si l'appréciation elle-même n'a pas été faussée par un motif de revision.

Interprétant l'article 137 lit.b OJF, le Tribunal fédéral a même considéré que cette disposition «will nur Beweismittel zulassen, die der Gesuchsteller «im frühern Verfahren nicht beibringen konnte», wobei «können» nicht «dürfen», sondern eine tatsächliche Fähigkeit bedeutet»⁴¹³. Dans le cas particulier, le recourant avait sollicité en cours d'instance une expertise tendant à déterminer l'ordre dans lequel les diverses écritures avaient été apposées sur un titre. Par une appréciation anticipée des preuves, l'autorité cantonale avait rejeté cette offre. Le Tribunal fédéral a estimé que la revision ne pouvait être utilisée aux fins de s'octroyer par une voie détournée une faculté procédurale épuisée. Cette jurisprudence a le mérite incontestable de la logique. On peut même pousser le raisonnement jusqu'à ses conséquences ultimes: si une loi de procédure limite rigoureusement la possibilité d'alléguer des faits ou de produire des preuves en cours

412 ATF 61 II 266ss.

413 ATF 92 II 72.

d'instance, il serait singulier que la procédure de revision permette de contrarier *a posteriori* les interdits voulus par le législateur⁴¹⁴. Le respect de la logique ne doit tout de même pas conduire à l'absurde, ce qui serait le cas si l'on transposait le principe énoncé par le Tribunal fédéral à un Code de procédure civile neuchâtelois interprété à la lettre. Nous ne prendrons qu'un exemple: un procès en responsabilité civile est pendant devant le Tribunal de district. Le demandeur, locataire, a glissé dans la cage d'escalier, et il recherche le propriétaire de l'ouvrage sur la base de l'article 58 CO. Les parties plaident; le juge prononce la clôture des débats et annonce qu'il rendra son jugement ultérieurement. Le propriétaire découvre alors que son adversaire a soudoyé un autre locataire, témoin de ses beuveries, pour le dissuader de faire part de celles-ci au propriétaire, comme il en avait l'intention. Il est trop tard pour faire entendre le témoin. La réforme est exclue. Le juge n'est pas tenu de donner suite à une requête fondée sur l'article 69 CPCN: la faute du locataire n'a pas été alléguée. L'impossibilité d'invoquer la fraude est purement procédurale. Doit-on la déclarer définitive pour ce motif? L'affirmer entraînerait la conséquence curieuse que cette fraude serait invocable par le lésé qui la découvrirait avant la clôture des débats ou après le prononcé du jugement, mais qu'elle ne le serait pas si elle se révélait dans l'intervalle! Le non-sens est éclatant. Il peut être évité de deux manières.

Soit on retient que la revision est admissible même si l'impossibilité d'invoquer la cause en temps utile n'avait qu'un caractère procédural.

Soit on admet que les restrictions générales au droit d'alléguer et de prouver ne s'appliquent pas lorsqu'un motif de revision est en cause. La seconde suggestion est préférable, pour les raisons déjà exposées⁴¹⁵. Il serait toutefois trop sévère d'opposer une violation du devoir de diligence au recourant qui aurait renoncé à faire usage d'une faculté procédurale à laquelle la loi lui ferme accès en principe. Le justiciable ne doit pas pâtir de la confusion que le texte légal révèle dans ce domaine, à tout le moins pas avant que la jurisprudence ait clarifié les choses. Une relative souplesse est d'autant plus indiquée qu'un comportement attentiste pourrait se réclamer d'une partie de la doctrine⁴¹⁶. En d'autres termes, l'impossibilité technique, résultant d'une interprétation classique de la loi, doit être prise en considération en l'état actuel.

414 Le Tribunal fédéral ne va pas jusque là: l'interdiction des *nova* dans la procédure de réforme n'exclut pas la revision d'un arrêt rendu sur recours en réforme (cf. *supra*, p. 169ss., notamment 177).

415 Cf. *supra*, p. 117-118.

416 Cf. *supra*, p. 117 n. 49.

Quant à l'impossibilité de fait, on peut hésiter sur le degré d'intensité requis: la force majeure à laquelle il est fait allusion à l'article 403 ch. 1 CPCN paraît évoquer une impossibilité prise dans son sens le plus restrictif. On verra plus loin que les origines historiques de l'article 403 CPCN autorisent une interprétation très large de la notion de force majeure. On constatera également que la machination frauduleuse envisagée par l'article 403 ch. 4 CPCN peut consister dans l'exercice d'une pression psychologique déterminant la partie lésée à un comportement procédural préjudiciable à ses intérêts. Il serait dès lors illogique d'opposer au recourant les possibilités objectives qui lui étaient ouvertes lors de la procédure originaire, s'il est précisément admis à fonder son recours sur les origines frauduleuses de son attitude passée.

Par conséquent, le recourant justifie avoir satisfait à son devoir de diligence s'il établit qu'il s'est trouvé empêché d'agir en temps utile par l'effet d'une vis compulsiva.

Au vu de ce qui précède, on peut se demander si le défaillant est fondé à se prévaloir, par voie de revision, d'un motif qui aurait vicié une opération procédurale ultérieure à son exclusion – supposée parfaitement régulière – de la procédure. En doctrine stricte, cette faculté devrait lui être refusée, puisqu'il ne lui aurait pas été possible d'invoquer valablement le moyen nouveau en cours d'instance, en raison d'une déchéance encourue fautivement. Une telle rigueur ne se justifie pas inconditionnellement. La négligence d'une partie ne doit pas légitimer tous les excès à venir. A notre avis, le défaillant doit être admis à invoquer les motifs de revision fondés sur le comportement illicite d'un participant au procès⁴¹⁷.

Le devoir de diligence s'apprécie au regard du fait qui constitue la substance même de l'ouverture. Le recourant ne peut échapper à ses rigueurs en soutenant que les conditions d'exercice du recours n'étaient pas réalisées en cours d'instance. C'est évident en ce qui concerne l'acte attaqué, qui ne peut être entrepris avant d'avoir été rendu, mais le principe a valeur générale: la condamnation du faux témoin, par exemple, n'est pas un élément constitutif de l'ouverture tirée de l'article 403 ch. 3 CPCN⁴¹⁸. La

417 Comp. Stein/Jonas, n.m. 13 ad § 580 ZPO: la Restitutionsklage n'est pas admissible contre un jugement rendu par défaut, en tant qu'il se fonde sur les allégations fausses du demandeur réputées admises par le défendeur: «da der Richter das Urteil unabhängig davon erlassen muss, ob die behauptete Tatsache wahr oder unwahr ist, fehlt es bereits an einer Irrtumserregung» (!). Pour un raisonnement comparable, cf. Extraits 1960 p. 122. Sur le caractère illicite du mensonge, cf. infra, p. 241 ss.

418 Comp. Gaul, Grundlagen, p. 87; Johannsen, p. 91; Baumbach/Lauterbach, n. 1 C ad § 582 ZPO; Stein/Jonas, n.m. 2 ad § 582 ZPO; Braun, p. 271. Seule doit être réservée l'hypothèse dans laquelle une partie acquerrait la connaissance sûre de la fausseté du serment prêté par son adversaire. La preuve de ce fait ne peut être administrée, en vertu de la loi (art. 291 CPCN).

partie lésée ne peut donc se dispenser d'invoquer les faits propres à fonder l'ouverture d'une action pénale, au motif qu'aucune condamnation ne serait encore intervenue. Sur ce point, la portée du devoir de diligence est déterminée selon un critère que nous avons déjà rencontré à propos de la supputation du délai de recours: de simples présomptions ne suffisent pas à faire naître l'incombance d'invoquer le vice. Celle-ci ne résulte que d'une connaissance sûre du motif, propre à éveiller une perspective fondée d'apporter la preuve de son existence⁴¹⁹. L'analogie entre la détermination de l'initium du délai et l'appréciation du devoir de diligence s'arrête là. Le délai court du jour où le recourant a acquis cette connaissance sûre; le devoir de diligence est transgressé si le recourant aurait pu et dû l'acquérir assez tôt pour l'invoquer en cours d'instance.

La connaissance sûre doit être entendue restrictivement, car l'invocation des circonstances sur lesquelles elle porte consomme le droit de recours. Si par exemple un plaideur soutient par voie incidente que son témoin a fait de fausses déclarations lors de son audition, et si le tribunal fonde néanmoins son jugement sur le témoignage contesté, la condamnation ultérieure du témoin ne constituera rien de plus qu'une preuve nouvelle improprie à fonder la révision du jugement⁴²⁰. Il est vrai que la situation se présente rarement en pratique, les tribunaux préférant suspendre la procédure jusqu'à droit connu au pénal.

Les actes et abstentions du représentant en justice sont opposables en principe à la partie représentée. La règle doit être appliquée dans toute sa sévérité lorsque le mandataire n'invoque pas un événement que son mandant savait ou qu'il aurait pu savoir, en faisant preuve de diligence. Tout au plus doit-on réserver l'hypothèse d'une entente frauduleuse entre le mandataire et la partie adverse. Quant aux faits dont seul le mandataire avait ou aurait pu avoir connaissance en temps utile, il est certes rigoureux de les réputer connus du mandant, mais leur invocation s'inscrit encore, à notre avis, dans le cadre du pouvoir de représentation conféré par le mandat d'agir en justice⁴²¹.

419 Thomas/Putzo, n. 2 a ad § 582 ZPO.

420 Stein/Jonas, n. m. 2 ad § 582 ZPO. Pour atténuer les rigueurs de ce raisonnement logiquement irréprochable, on peut soutenir aussi que la condamnation conditionne la naissance du droit à la révision. Dans cette optique, il serait irréaliste de déclarer la partie lésée déchue d'un droit qui ne serait pas encore né; comp. SJ 1929 p. 119.

421 Comp. ATF 76 I 136; Stein/Jonas, n. m. 7 ad § 582 ZPO; Thomas/Putzo, n. 2 b ad § 582 ZPO.

2. *L'absence de renonciation à recourir*

La libre disposition sur un droit de recours, quel qu'il soit, est limitée par les restrictions que le droit matériel relie, de façon générale, à la protection de la personnalité. La renonciation à un droit, ou à l'exercice de celui-ci, est valable si elle n'équivaut pas à une aliénation de la liberté personnelle contraire à la loi ou aux mœurs. Le Code de procédure n'énonce aucune restriction de cet ordre, en ce qui concerne le recours en révision. Seuls entrent donc en considération le droit matériel et les bonnes mœurs.

Bien qu'il soit indépendant de la prétention dont il complète la protection judiciaire, le droit de recours subit jusqu'à un certain point l'ascendant de celle-ci. Est-elle soustraite à la libre disposition des parties, la liberté de renoncer à recourir pourra s'en trouver entravée⁴²². L'attraction ne joue pas en sens inverse: la libre disposition sur la prétention n'autorise pas l'aliénation sans réserve du droit de recours. A cet égard, la doctrine a coutume d'opérer une double distinction⁴²³.

La première dissocie les recours ordinaires et les recours extraordinaires.

La seconde se rapporte à la date du prononcé du jugement, voire de sa communication aux parties.

En bref, la renonciation à interjeter un recours ordinaire serait admissible avant même que le jugement attaqué soit rendu, mais les parties ne pourraient valablement renoncer à former un recours extraordinaire qu'après ce moment⁴²⁴. Cette différence de traitement se justifierait, apparemment, par le fait qu'il ne serait pas contraire aux mœurs d'abandonner par avance une défense contre le mal jugé, alors que la renonciation à se prévaloir, a priori, d'une violation des principes fondamentaux de la procédure, constituerait une aliénation inadmissible de la liberté personnelle. Le raisonnement procède d'une échelle des valeurs qui trouve de nombreuses illustrations en droit positif. Le système des recours du Concordat intercantonal sur l'arbitrage en est une illustration. La jurisprudence relative à l'article 4 Cst en représente une autre. Malgré cela, nous avouons ne pas comprendre pourquoi un plaideur serait nécessairement lésé de façon plus grave

422 ATF 79 II 237; sur les limites de cette interférence, cf. ATF 93 II 217ss.; Guldener, ZPR, p. 500-501.

423 Cf. par exemple Bally, p. 20; Schüpbach, cassation, p. 255; Pfirter, p. 156-157; Habscheid, DJP, p. 483; Guldener, ZPR, p. 501; Sträuli/Messmer, n. 17 ad § 190, 12 avant le § 259 ZPO; voir aussi Menzel, p. 26ss., 33ss., et les références.

424 Hagenbüchle, p. 31, affine la distinction, en prenant pour critère non pas la qualification du recours, mais sa fonction réelle; cf. aussi M. Müller, p. 50.

par un jugement issu d'une procédure irrégulière que par un jugement erroné. L'expérience enseigne au contraire que le justiciable normalement constitué se préoccupe plus de justice que de régularité formelle.

Sans doute faut-il comprendre la distinction en ce sens que la renonciation à l'annulation d'un jugement entaché d'une *error in iudicando* n'entraîne pas de conséquence plus grave que l'abandon de la prétention déférée en justice elle-même, alors que la renonciation à tout recours extraordinaire livrerait les parties, pieds et poings liés, au pouvoir discrétionnaire du juge. Si l'on raisonne ainsi, une renonciation anticipée à se pourvoir en revision devrait être déclarée valable en principe, le recours en revision ne censurant dans la règle que des vices non imputables au tribunal. En fait, le renonçant ne s'interdit d'invoquer ni un excès, ni un abus de pouvoir, ni même la violation d'une règle essentielle de la procédure. Il perd tout au plus l'espoir de voir sa prétention matérielle être consacrée judiciairement.

En réalité, la validité d'une renonciation à recourir ne doit pas être appréciée en fonction des conséquences qu'elle pourrait avoir sur la situation juridique matérielle des parties, mais bien au regard des conditions d'existence du droit de recours.

En droit neuchâtelois, les ouvertures à revision sanctionnent, pour la plupart, le comportement déloyal d'un participant à la procédure. Or on doit admettre, en Suisse, qu'il est contraire aux mœurs d'accepter par avance les conséquences de la déloyauté d'autrui. Diverses dispositions de droit de fond frappent un tel engagement de nullité⁴²⁵, en vertu d'un principe qui a valeur générale. Par ailleurs, une renonciation globale à se prévaloir de toute possibilité d'établir la fausseté du jugement ne nous paraît pas efficace non plus⁴²⁶, pour être insuffisamment individualisée. Lorsqu'il renonce à un droit, le justiciable doit savoir à quoi il s'engage, ce qui n'est manifestement pas le cas s'il ne connaît ni le contenu du jugement qu'il renonce à attaquer, ni le vice qui pourrait l'affecter.

Le prononcé du jugement apporte un élément d'individualisation, car il révèle l'étendue du grief qu'un recours éventuel permettrait d'éliminer. Pour la plupart des auteurs⁴²⁷, la renonciation à interjeter un recours extraordinaire est valable si elle intervient à partir de ce moment. Cette opinion

425 Cf. par exemple les art. 100 al. 1, 199 CO; comp., pour la requête civile, Req., 8 novembre 1922, D. 1923.1.12; Civ., 18 septembre 1940, RTrim. 1940-1941 p. 331.

426 Dans le même sens, Rust, p. 97; Zweifel, p. 15; Baerlocher, p. 28, qui invoque assez curieusement la sécurité juridique à l'appui de cette solution, de même que Pfister, p. 156; cf. aussi Walder, ZPR, p. 472.

427 Cf. les références, à la n. 423 supra.

s'impose lorsque le vice est immédiatement perceptible. Du moment qu'un recours pendant peut être retiré librement, il n'y a pas de raison d'empêcher les plaideurs de s'engager à ne pas recourir, s'ils disposent de tous les éléments nécessaires à la formation d'une détermination éclairée. On ne peut en dire autant en matière de revision. L'ampleur du grief causé par le jugement est sans influence sur l'étendue incommensurable du droit à la revision; il ne la délimite en rien. Pour savoir à quoi elle renonce, la partie lésée doit être consciente des faits qu'elle pourrait alléguer à l'appui de son recours. C'est la date de cette prise de conscience qui est déterminante. Une fois l'ouverture connue, le recourant potentiel peut ne pas s'en prévaloir. Il peut donc aussi s'interdire de le faire, étant entendu que la renonciation n'est pas abstraite et générale, mais qu'elle ne vaut que pour le motif considéré. Etant donné la longueur du délai de recours, une renonciation, même ainsi limitée, peut avoir une utilité pratique non négligeable.

La renonciation à recourir, lorsqu'elle est valable, atteint le fond du recours, c'est-à-dire le droit à l'annulation du jugement. Une demande en revision interjetée malgré elle est mal fondée. La renonciation n'est soumise à aucune forme⁴²⁸. Il peut s'agir d'un acte conventionnel ou unilatéral. En ce qui concerne les recours de droit fédéral, le Tribunal fédéral considère même que le retrait d'un recours est réputé équivaloir à une renonciation générale au droit de recourir⁴²⁹. En droit neuchâtelois, le renouvellement d'une demande en revision dirigée contre un jugement déjà attaqué par cette voie est exclu de par la loi⁴³⁰. Lorsque le retrait du recours équivaut à un désistement d'action, il correspond à une extinction définitive du droit de recours, sous réserve d'une invalidation éventuelle du retrait, obtenue aux mêmes conditions que celles d'un désistement. On a vu, toutefois, qu'il serait excessivement et inutilement sévère d'assimiler le retrait du recours, dans tous les cas, à un désistement d'action. Le désistement d'instance et l'abandon conventionnel de cause sont possibles en instance de revision, comme en procédure ordinaire. Ils affectent l'instance, mais ne consomment pas l'action. Dès lors, soit le retrait reste sans influence sur une procédure de revision ultérieure, soit il entraîne l'irrecevabilité d'une nouvelle demande en revision émanant de la même partie. La renonciation à recourir valide implique en revanche le rejet d'une demande qui la méconnaîtrait. En d'autres termes, le retrait n'emporte jamais les mêmes effets qu'une renonciation valable.

428 Menzel, p. 28 ss.

429 ATF 83 II 61; 74 II 282 ss.

430 Art. 412 CPCN.

V. *Les ouvertures à revision*

1. *En général*

A. *La systématique de l'article 403 CPCN*

L'article 403 CPCN a la teneur suivante:

«Il y a lieu à revision d'un jugement au fond:

- 1) si, depuis le prononcé du jugement, il a été recouvré des pièces décisives retenues par une circonstance de force majeure ou par le fait de la partie qui a obtenu le jugement;
- 2) s'il a été jugé sur pièces que l'une des parties, lors du jugement, ignorait avoir été reconnues ou déclarées fausses, ou sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement;
- 3) si un témoin entendu en procédure a été condamné pour faux témoignage ou si la partie qui a prêté le serment a été condamnée pour faux serment;
- 4) si le jugement a été obtenu par toute autre machination frauduleuse.»

Les rédacteurs du Code de procédure actuel, et, avant eux, ceux des Codes de 1906 et 1876, ont opté pour un système d'ouvertures hybride. Les trois premiers chiffres de l'article 403 CPCN constituent des clauses fermées, dans lesquelles le motif de revision et les conditions de son invocation sont décrits de façon précise. L'article 403 ch. 4 CPCN est une clause ouverte, en ce sens que le motif y est indiqué en termes généraux, la tournure adoptée (toute autre) donnant à entendre que les ouvertures précédentes n'ont que valeur d'exemple.

Comme ses homologues genevois et fribourgeois, le législateur neuchâtelois a emprunté sur ce point la technique législative choisie par les auteurs de l'ancien Code de procédure civile français. La méthode est courante, comme on l'a remarqué en étudiant le domaine naturel de la révision. Elle reflète parfois la volonté de fixer des exigences différentes, selon qu'un motif se rattache à la clause générale ou à la clause spéciale. En droit fédéral, par exemple, l'ouverture délictuelle se singularise par le fait qu'elle se rapporte à un fait indirectement pertinent et par les conditions spécifiques qui doivent être en principe réalisées préalablement à l'interjection du recours. En droit français, il semble plutôt que la raison première de la coexistence entre l'ouverture générale et les ouvertures spéciales doive être recherchée dans une relative humilité du législateur: «l'esprit de chicane est si ingénieux qu'il faut renoncer à prévoir et, à plus forte raison, à énumérer toutes les ruses qu'un plaideur malhonnête peut mettre au service d'une mauvaise cause»⁴³¹.

431 Garsonnet/Cézar-Bru, p. 783-784.

En choisissant la méthode de l'énumération, complétée par une disposition ouverte, le législateur pare au danger majeur que présente la rédaction d'une liste exhaustive, savoir l'élaboration d'un texte lacunaire. La difficulté se reporte sur l'exégète, et en particulier sur le juge, qui doit veiller à maintenir intact un équilibre harmonieux entre la clause générale, ouverte à une certaine souplesse d'interprétation, et les dispositions spéciales, dont la précision implique un caractère plus immédiatement contraignant. A défaut, l'interprétation extensive de la disposition générale se traduit par un contournement progressif des restrictions que la loi attache aux ouvertures décrites avec précision. Les diverses ouvertures font alors double emploi, ce qui donne à la réglementation légale un aspect incohérent. Cette conséquence peut d'ailleurs aussi résulter de la démarche inverse, qui consiste à relier à telle ouverture particulière une condition qu'elle n'énonce pas, mais qui apparaît dans la disposition générale. La jurisprudence française relative à la requête civile⁴³², confirmée récemment⁴³³, exigeait par exemple que la rétention d'une pièce décisive, par la partie adverse, fût dolosive. On peut comprendre la perplexité que cette jurisprudence a suscitée dans la doctrine⁴³⁴. La rétention de pièce perdit, par cette interprétation, la seule raison qu'elle avait de figurer à l'article 480 aCPCF, aux côtés du dol personnel.

Peu abondante, la jurisprudence relative à l'article 403 CPCN laisse ouvertes de nombreuses questions d'interprétation. Etant donné le caractère très laconique des développements consacrés à la revision dans les travaux préparatoires des codes successifs, l'interprétation systématique semble offrir a priori l'accès le plus sûr au sens profond de l'article 403 CPCN. Force est de constater, cependant, que l'hétérogénéité de cette disposition déborde le cadre de la technique législative pour gagner la matière qui y est renfermée. Le chiffre premier ouvre la revision à la partie qui découvre une preuve nouvelle. Les chiffres 2 et 3 retiennent l'hypothèse d'une circonstance méconnue, propre à ruiner la valeur probante d'une preuve administrée. Le chiffre 4 envisage la découverte d'un fait – ou d'un complexe de faits – nouveau, de nature à faire dévier le procès de sa ligne idéale. Les divers motifs ne se situent pas sur le même plan, ce qui rend sinon illusoire, du moins peu prometteuse, la recherche d'un principe unique commun à toutes les ouvertures.

Seul un « principe de revision » énoncé en termes très généraux permet de rassembler sous une définition globale les circonstances propres à

432 Toulouse, 1^{er} février 1864, D. 1864.2.56ss.; Paris, 22 mai 1914, S. 1915.2.12.

433 Amiens, 2 juillet 1979, D. 1979.IR.540.

434 Morel, p. 502; Garsonnet/Cézar Bru, p. 789 n. 2.

fonder le succès du recours en revision. On pourrait l'exprimer ainsi: il y a lieu à revision lorsqu'une partie établit qu'elle n'a pas été en mesure de défendre efficacement ses intérêts, en raison d'un événement tel que le maintien du jugement issu de la procédure viciée heurterait gravement le sentiment de la justice. Si le principe embrasse tous les motifs décrits à l'article 403 CPCN, il ne permet pas d'expliquer pourquoi la loi n'autorise pas la revision dans des hypothèses proches des prévisions légales, qui font apparaître tout aussi injuste l'irrévocabilité du jugement contesté. Un témoin capital peut, lui aussi, avoir été empêché de participer à la procédure en raison d'un cas de force majeure. La formule, déjà citée⁴³⁵, par laquelle le Conseil d'Etat définissait la revision, dans son exposé des motifs relatifs au Code de 1906, souffre également d'un excès de généralité. Un jugement peut se révéler a posteriori «erronné en fait» sans que soit vérifié pour autant l'un des motifs envisagés par l'article 403 CPCN.

La théorie de H. F. Gaul ne livre pas, elle non plus, le secret de l'article 403 CPCN. Rappelons que cette doctrine voit le trait commun des ouvertures à revision du droit allemand dans un «Restitutionsprinzip» caractérisé par la relation entre la force probante des preuves administrées et celle des preuves nouvelles découvertes par le recourant. La revision s'impose, selon cette théorie, lorsque la preuve invoquée à l'appui de la demande atteint un degré de fiabilité tel que le maintien du jugement qui l'a méconnue apparaît insoutenable. Le principe de la sécurité des preuves n'est sans doute pas totalement étranger à la teneur de l'article 403 ch. 1; on verra plus loin que la preuve par titre jouissait, dans l'ancien droit civil neuchâtelois, d'une valeur particulière. Cependant, la théorie de la sécurité des preuves n'explique pas pour quelles raisons l'ouverture fondée sur un faux témoignage ou un faux serment ne peut être invoquée utilement que si l'auteur du faux a été condamné. Elle est également inapplicable en cas de reconnaissance de la fausseté d'un titre et de machination frauduleuse. Dans ces deux hypothèses, en effet, la loi ne pose aucune exigence en matière de preuve. La ratio legis de l'article 403 CPCN ne doit donc pas être recherchée, à tout le moins pas uniquement, dans le «Beweissicherheitsprinzip».

Les chiffres 3 et 4 de l'article 403 CPCN laissent clairement apparaître les soubassements punitifs de la revision. En édictant ces dispositions, le législateur semble s'être plus préoccupé de sanctionner procéduralement le comportement répréhensible d'un participant à l'instance que de permettre la correction d'un jugement objectivement erronné. On peut être tenté

435 Cf. supra, p. 126.

d'étendre cette volonté présumée aux autres motifs, en incorporant l'exigence d'une intention dolosive aux ouvertures qui ne l'expriment pas. Discutable par lui-même, le procédé se révélerait d'autant plus artificiel qu'il ne serait pas applicable à toutes les hypothèses visées par l'article 403 CPCN, le cas de force majeure n'étant certainement pas réductible à l'éventualité d'une fraude. Dès lors, il apparaît vain de forcer la lettre de l'article 403 ch.2 CPCN pour y intégrer une connotation répressive. Le dénominateur commun de l'article 403 CPCN ne consiste donc pas non plus, exclusivement, dans le souci de restituer au perdant une égalité d'armes dont il a été privé par déloyauté.

Compte tenu de ce qui précède, on s'aperçoit qu'il n'est même pas possible de considérer les ouvertures de l'article 403 ch.2 et 3, qui sont apparemment les plus proches, comme l'expression d'un principe directeur commun. Si toutes deux se rapportent à la force probante d'une preuve administrée, la première ouvre l'accès à la révision à des conditions moins restrictives, à deux égards, que la seconde. D'une part, l'annulation du jugement peut être obtenue quand bien même le faux aurait été créé et utilisé sans intention dolosive; d'autre part, la reconnaissance informelle de ce que le titre était faux suffit à fonder la révision. Faut-il tenter d'expliquer cette double différence par la valeur probante particulière reconnue au titre? Cette suggestion se heurterait déjà au fait que le serment décisoire a, en vertu de la loi (article 286 CPCN), une valeur probante absolue, dont le titre ne bénéficie pas. Une fois encore, il n'est pas possible de dégager un principe, même limité, qui exprimerait les intentions véritables du législateur.

Les remarques qui précèdent ont révélé la résistance que l'article 403 CPCN oppose au raisonnement inductif. On peut néanmoins en tirer les enseignements suivants: les ouvertures doivent être examinées chacune pour elle-même, sans qu'il y ait lieu de restreindre leur portée par référence au texte d'une disposition voisine. Une interprétation libérale de la loi ne saurait se justifier, elle non plus, par le même procédé. De la première partie de cette étude, il est pourtant ressorti que la plupart des lois modernes ouvraient la révision plus largement que le droit neuchâtelois. Le caractère hétéroclite de l'article 403 CPCN constitue déjà, à notre avis, un indice du retard que le Code de procédure accuse sur son temps. Dans la mesure où le texte légal apparaît obscur, il convient, pour des raisons d'opportunité, de lui donner une interprétation relativement souple.

Avant d'entrer dans le détail des ouvertures à révision, il faut encore évoquer la relation entre l'ouverture et le résultat de la procédure dont est issu le jugement attaqué. Sur ce point, au moins, l'article 403 CPCN n'est pas rebelle à la généralisation.

B. *La causalité hypothétique*

a) *L'harmonisation jurisprudentielle*

L'expression illustrant l'influence exercée par le motif de revision sur la teneur de l'acte attaqué varie selon les ouvertures. Le terme «décisif», utilisé à l'article 403 ch. 1 CPCN, égale en intensité le participe «obtenu», qui apparaît à l'article 403 ch. 4 CPCN. La locution «jugé sur», de l'article 403 ch. 2 CPCN, semble déjà plus faible, alors que le lien de causalité n'est pas suggéré du tout à l'article 403 ch. 3 première proposition CPCN. La jurisprudence ne s'arrête pas à ces nuances et retient que le lien de causalité est implicitement requis par l'article 403 ch. 3 CPCN également. De l'avis de la Cour de cassation, toutes les ouvertures s'alignent à cet égard sur les chiffres 1 et 4 de l'article 403 CPCN⁴³⁶. Le Tribunal cantonal a jugé, pour sa part, que l'absence de caractère décisif entraînait le rejet du recours, et non pas un refus d'entrée en matière⁴³⁷. Cette opinion est pleinement justifiée. Il suffit, pour que le recours soit recevable, que le recourant allègue le caractère décisif de la circonstance qu'il invoque⁴³⁸.

La nature de la relation de causalité doit encore être précisée à trois égards. L'influence exercée sur le jugement peut-elle être indirecte? Doit-on l'envisager concrètement ou abstraitement? Faut-il prendre, pour point de comparaison, la situation matérielle – idéale – des parties, ou l'issue procédurale prévisible de la contestation?

b) *Causalité directe et indirecte*

A priori, les tournures utilisées à l'article 403 CPCN («jugé sur», «obtenu par») paraissent évoquer un rapport direct entre le motif de revision et la teneur du jugement dont recours. Si l'on se rappelle que la loi limite la recevabilité du recours aux jugements «au fond», on pourrait être tenté d'en déduire que le législateur a entendu exclure la revision, dans l'hypothèse où le motif n'affecterait qu'une décision intermédiaire. Celle-ci, n'étant pas un jugement au fond, serait insusceptible de revision. Quant au jugement au fond, il le serait tout autant, puisque sa teneur ne serait que la résultante indirecte d'une décision intermédiaire viciée, mais inattaquable.

436 RJN 1 I 194 ss.

437 RJN 6 I 404; cf. aussi RJN 1 I 195 C; il est intéressant de constater que le Tribunal cantonal se réfère notamment à G. Leuch pour parvenir à cette solution (RJN 6 I 401), alors que le commentateur bernois voit dans la réalisation de l'ouverture une condition de recevabilité du recours (cf. p. 349, 350), sous réserve de la cause de revision fondée sur la commission d'un crime ou d'un délit (p. 347, n. 7).

438 Comp. ATF 81 II 477-478.

La mise en œuvre de cette idée entraînerait des conséquences curieuses, illustrées par l'exemple suivant: le juge et la partie lésée sont frauduleusement induits à une vision erronée de la force probante d'une preuve. Première hypothèse: le futur recourant sollicite tout de même la production de la preuve et se heurte à un refus – prévisible – du juge. Deuxième hypothèse: le futur recourant renonce à faire administrer la preuve. Dans le premier cas, la fraude n'a influé directement que sur l'ordonnance de preuves. Dans le second, elle a exercé une influence directe sur le jugement au fond. La revision ne doit-elle être accordée que dans le deuxième exemple? Poser la question, c'est y répondre. Si le recours doit être dirigé contre un jugement au fond, cela ne signifie pas qu'il ne puisse l'être valablement lorsque le motif se rapporte à une décision antérieure qui ne serait pas attaquable de façon indépendante.

La jurisprudence fournit à ce propos un autre exemple: un mari désire divorcer. Pour se simplifier la tâche, il établit, en toute malhonnêteté, qu'il ignore le domicile de son épouse. Le tribunal autorise la notification de la demande par voie édictale, déclare la défenderesse défaillante, puis prononce le divorce. L'effet direct de la fraude, c'est, dans un premier temps, la notification déficiente, qui entraîne la passivité de l'épouse défaillante. A partir de là, tout se passe normalement. La teneur du jugement n'est qu'un effet indirect de la fraude. Le Tribunal cantonal n'en a pas moins révisé, à deux reprises, un jugement au fond rendu dans ces conditions⁴³⁹.

Si le motif de revision peut n'affecter le jugement final que de façon médiate, cela ne signifie évidemment pas que la revision puisse être utilisée aux fins de contourner l'autorité d'un jugement non attaqué. Si par exemple un jugement en influence un autre, parce qu'il a statué au fond sur une question qui se pose à titre préjudiciel lors du second procès, il n'est pas possible d'obtenir la revision du deuxième jugement uniquement, pour un motif qui ne se rapporterait qu'à la première procédure. Le succès du recours supposerait en effet que le premier jugement fût déclaré erroné, ce à quoi son autorité s'opposerait, aussi longtemps qu'il n'aurait pas été rétracté, annulé ou réformé. Il n'en va pas de même si le dossier de la première affaire est joint à celui du second procès en tant que moyen de preuve, par exemple en raison de l'analogie que présentent les deux litiges. Rien n'empêche alors que le deuxième jugement soit attaqué seul, pour avoir été vicié de manière indirecte.

439 ATC VII 70ss., 258ss.; pour d'autres exemples d'influence indirecte, voir ATF 81 II 478; 60 II 357; 59 II 194; 25 II 691.

Il s'agit de déterminer, sous cette rubrique, si le motif de revision présente un caractère décisif uniquement lorsque le juge du recours arrive à la conclusion qu'il aurait statué différemment s'il en avait eu connaissance avant de prononcer le jugement attaqué (causalité concrète) ou si l'on est en présence d'une circonstance décisive dès l'instant où la cause alléguée était propre à conduire le juge à une solution erronée (causalité abstraite).

La première proposition suppose que le juge se livre d'emblée à une nouvelle appréciation globale des preuves administrées, tenant compte de l'élément nouveau apporté à l'appui du recours⁴⁴⁰, voire même de faits ou de preuves étrangers à l'ouverture alléguée. En d'autres termes, l'autorité de recours doit juger fictivement le fond pour décider si le recours est fondé, puis, si le droit de procédure applicable impose une césure entre le rescindant et le rescisoire, statuer une nouvelle fois, séparément, sur l'ensemble du litige.

La seconde proposition n'impose au juge qu'un examen limité à l'importance du motif par rapport aux données du procès dont est issu le jugement attaqué. La revision est accordée lorsque le jugement apparaît vicié par la méconnaissance d'un élément qui aurait sans doute modifié la religion du tribunal. Une partie de la doctrine allemande se rattache à cette conception⁴⁴¹, et considère qu'il y a lieu à revision si le recourant produit un titre qui aurait pu modifier l'issue du litige, sans qu'une certitude soit nécessaire à cet égard. Cette opinion nous semble la plus saine, à tout le moins dans un système qui distingue en principe le rescindant et le rescisoire, car elle dispense le juge d'une opération intellectuelle aléatoire, qui consiste à supputer rétrospectivement l'influence que l'élément méconnu aurait exercée concrètement sur la teneur du jugement déféré. Or il est pratiquement impossible de mesurer l'importance respective des courants qui contribuent à la formation de la conviction, surtout lorsqu'il s'est écoulé un certain temps entre l'appréciation globale d'une situation et la substitution de certaines de ses données à d'autres. L'exercice est plus périlleux encore lorsque la contestation a parcouru plusieurs instances. Mieux vaut admettre, comme le fait le Tribunal cantonal⁴⁴², que la circonstance nouvelle invoquée et éta-

440 Dans ce sens, Leuch, p.349 i.f.; Rust, p.123; Gaul, Grundlagen, p.137; Rosenberg/Schwab, § 161 II 3 d 8; Joly, N° 205.

441 Voir les auteurs cités à la n. 267, p. 75 supra.

442 RJN 6 I 401: «Il faut [...] que la pièce recouvrée soit «décisive», c'est-à-dire d'une importance telle [qu'elle] eût été susceptible d'entraîner une décision favorable»; p.404: «La limitation de la couverture d'assurance n'est en aucune façon propre à modifier le raisonnement du tribunal». Cf. aussi RJN 3 I 133; SJ 1954 p.630.

blie en instance de revision doit être objectivement de nature à ébranler les bases du jugement.

Quant au critère en vertu duquel le caractère décisif de la cause invoquée peut être retenu, C. Marchetti propose, en matière de *dolo revocatorio*, l'application de la théorie de l'équivalence des conditions (ou de la *condictio sine qua non*)⁴⁴³. Or celle-ci nous paraît précisément impliquer les difficultés précitées, car elle nécessite une pesée des motifs qui ont dicté la décision attaquée, sans laquelle il n'est pas possible de déterminer si l'événement constitutif de l'ouverture alléguée était indispensable à la conviction du juge. La théorie de la causalité adéquate nous paraît mieux adaptée à la structure de l'instance en revision. Le recours doit être admis s'il se révèle que la circonstance nouvellement découverte était de nature, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à conduire le tribunal à une solution différente de celle qu'il a retenue. Ce n'est qu'au stade du rescissoire que l'autorité de recours reprend l'appréciation globale des preuves, comme s'il n'avait jamais statué sur le fond.

d) *Valeur de référence matérielle et procédurale*

On l'a vu dans la partie générale, le recours en revision est souvent ressenti comme un instrument mis au service de l'équité, qui se nourrit aux sources de la vérité «matérielle». Pour certains, il n'y a lieu à revision que si le jugement apparaît, a posteriori, erroné et injuste (*unrichtig*), cette appréciation prenant pour référence la situation juridique réelle, matérielle, des parties⁴⁴⁴. Cette manière de voir est dangereuse, car elle confère une dimension procédurale à une réalité idéale qui est précisément, et totalement, aprocédurale. Seule une instance surnaturelle serait capable de manier concrètement les concepts tels que la vérité dite matérielle. La justice humaine doit se contenter d'évidences reçues comme l'expression probable de la vérité.

Il peut néanmoins se concevoir que l'instance en revision révèle des éléments propres à emporter la conviction du tribunal tout à la fois sur la réalisation effective de l'ouverture alléguée et sur la justesse du jugement attaqué. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'intimé produit en instance de recours l'original d'un titre dont il avait déposé une copie conforme contrefaite en preuve, lors de la première procédure.

443 Marchetti, p. 442; comp. Blomeyer, p. 65ss.

444 Cf. Gaul, *Grundlagen*, p. 73-74, n. 30, 31.

Si l'on prend une référence «matérielle», la revision ne doit pas être accordée en pareil cas, car le jugement est juste dans son résultat. Pour arriver à cette conclusion, le tribunal devrait toutefois rejuger l'ensemble de la cause au stade du rescindant. Or tel n'est pas, on l'a constaté à la section précédente, l'objet du rescindant.

En réalité, le tribunal n'a pas à se préoccuper, en statuant sur le rescindant, de la justesse du jugement attaqué. Cette question ne se pose – et encore ne se pose-t-elle pas véritablement, puisque la fraction annulée du jugement est inexistante – qu'au moment de prononcer le jugement rescisoire. Si l'acte attaqué a été annulé, pour s'être trouvé ébranlé dans la présomption de justesse qui s'attachait à lui, l'annulation elle-même ne fait naître de présomption d'aucune sorte. L'issue définitive du litige dépend uniquement de l'appréciation des preuves anciennement et nouvellement administrées. Le jugement issu d'une instance en revision ne peut offrir plus de garantie de «justesse» que tout autre acte juridictionnel.

Supposons par exemple qu'un plaideur, actionné en restitution d'une somme d'argent qu'il a déjà versée à son adversaire, produise une fausse quittance pour éviter d'être condamné «injustement» à rembourser une seconde fois son créancier. Celui-ci est débouté. Ultérieurement, le faux est déclaré et le créancier sollicite la revision du jugement. Si l'intimé n'est pas en mesure de prouver le paiement, on voit mal en vertu de quel principe le recours devrait être rejeté ou le jugement confirmé. Comment le tribunal pourrait-il se convaincre de ce que la position de l'intimé était fondée, sinon par la preuve du paiement⁴⁴⁵? En pareil cas, la revision sert l'injustice la plus crasse, l'iniquité la plus flagrante. L'instrument se retourne contre les valeurs supérieures dont il est supposé favoriser l'approche. Pourtant, il n'est tout simplement pas possible, sans tomber dans l'arbitraire, de raccorder la revision à des valeurs extraprocédurales. Le jugement attaqué, le jugement rescindant et le jugement rescisoire ne sont pas justes ou faux. Ils sont efficaces, à tout le moins temporairement, pour satisfaire à la norme procédurale.

Il est donc abusif, à notre avis, de relier la revision à la notion de justesse «matérielle»⁴⁴⁶ ou, de façon plus ambiguë, à celle d'équité⁴⁴⁷, sinon comme élément d'une branche du droit – la procédure civile – tendue tout entière vers la vérité.

445 Comp. ATF 83 IV 81–82.

446 Voir notamment Anastasi, p. 230; Habscheid, DJP, p. 504; Rust, p. 5, 14; Bally, p. 8; Bärtsch, p. 20.

447 Cf. par exemple Zweifel, p. 6; Graven, p. 271; Soliva, p. 34; Heusler, p. 150.

2. Les ouvertures relatives à des pièces

A. La pièce

La pièce est une notion mal définie dont on peut se demander si elle est plus large que le titre qui, en droit civil comme en droit pénal, est constitué par un écrit. Rien n'indique que le législateur ait entendu donner au mot pièce un sens différent selon qu'il apparaît à l'article 403 ch.1 ou ch.2 CPCN. Le chiffre 1 n'apporte aucun éclaircissement sur notre question. Le chiffre 2, en revanche, introduit l'idée de faux, ce qui incite à un parallèle entre la revision et l'inscription en faux.

Les dispositions relatives à l'inscription en faux limitent cet incident aux contestations portant sur le contenu matériel d'un acte authentique ou d'une pièce écrite. Le terme pièce apparaît par ailleurs, çà et là, dans le titre consacré aux preuves littérales, où il est utilisé comme synonyme des mots titre et document⁴⁴⁸. Du point de vue historique, une conception étroite de la pièce s'impose également, car la teneur de l'article 403 CPCN remonte à une époque où la preuve littérale était régie, de façon très précise et limitative, par le Code civil neuchâtelois, qui s'inspirait lui-même du Code Napoléon. La preuve littérale ne pouvait être faite que par des actes authentiques, des actes sous seing privé ou des écrits non-signés, auxquels on assimilait les tailles⁴⁴⁹. Chaque catégorie de titre bénéficiait d'une valeur probante définie par la loi, ce qui ne laissait au juge qu'une marge d'appréciation étroite. Il en résultait une limitation quant à la nature de la pièce dont la découverte ou la fausseté pouvait donner lieu à revision, mais aussi quant à la définition de son caractère décisif.

La législation et la pratique modernes ont tendance à élargir le concept de titre, pour y faire entrer des objets susceptibles d'une inspection oculaire, voire d'une audition. M. Guldener l'étend aux choses qui reproduisent une pensée ou restituent un phénomène du monde extérieur⁴⁵⁰. Diverses lois de procédure suisses comptent parmi les titres des pièces qui ne sont pas des écrits. Aux termes de l'article 174 al.1 VD, par exemple, «le juge apprécie librement la valeur probante des photographies, des films et des autres moyens d'enregistrement et de reproduction sonores ou visuels».

448 Art. 259 al.2, 263 lit.a et c, 266, 273, 276 al.1 CPCN.

449 Jacottet, p.384.

450 Guldener, ZPR, p.332; cf. aussi Walder, ZPR, p.368; Kummer, Grundriss, 131; Vogel, ZPR, p.196; Strâuli/Messmer, n.1 avant le § 183 ZPO; J.-M. Grossen, in RDS 1960, p.70a-71a; Stein/Jonas, n.II 3 avant le § 371 ZPO; Vincent, N° 707.

Si de tels moyens peuvent également constituer des preuves en droit neuchâtelois, cela paraît devoir être plutôt au titre de moyens spéciaux (article 309 CPCN) que de preuve littérale. La loi n'interdit cependant pas que la pièce soit comprise dans une acception élargie, incorporant le film, la bande magnétique ou encore la disquette d'ordinateur, bref, comme synonyme de pièce à conviction⁴⁵¹. L'expérience montre que les tribunaux neuchâtelois acceptent souvent au sein des «preuves littérales» des objets qui n'ont rien d'un titre, et en particulier des plans et des photographies.

Une conception large se justifie. D'abord, le principe de la libre appréciation des preuves s'est substitué au système de la preuve légale, qui marquait encore l'ancien droit civil neuchâtelois. Ensuite, l'évolution de la technique a fait apparaître des possibilités de preuves que le législateur n'avait certainement pas en vue, lors de la codification du droit judiciaire privé. Cela ne préjuge évidemment ni du caractère décisif⁴⁵² de la pièce nouvellement découverte, ni du sens qu'il faut donner aux termes reconnu, déclaré, faux.

B. *La rétention*

a) *En général*

Contrairement aux dispositions correspondantes de l'ancien et du nouveau Code de procédure civile français, l'article 403 ch. I CPCN ne limite pas la révision à la rétention d'une pièce par la partie adverse, mais l'étend au cas de force majeure. Avant d'examiner plus avant les deux branches de l'alternative, précisons ce qu'il faut entendre par rétention. Selon la jurisprudence française, la dissimulation de l'existence d'une pièce n'est pas une rétention, bien qu'elle puisse, selon les circonstances, être jugée constitutive d'une fraude⁴⁵³. En particulier, il ne saurait être question de rétention lorsque la pièce se trouve dans un dépôt public, tel un greffe de tribunal ou un bureau d'état civil, car le justiciable intéressé y a accès⁴⁵⁴. De même, la révision n'est pas ouverte à la partie qui connaissait l'existence de la pièce et qui était en droit d'en exiger la communication⁴⁵⁵. Le défaut de rétention se double alors d'une violation du devoir de diligence.

451 Cf. RJN 6 I 624 a contrario.

452 La jurisprudence allemande considère que la découverte de photographies est inapte à fonder la Restitutionsklage, parce qu'une photographie ne bénéficie pas de la force probante formelle que la loi attribue au titre; cf. NJW 1976 p. 294; voir toutefois Braun, p. 282-283; Wieczorek, E V a ad § 580 ZPO.

453 Toulouse, 6 juillet 1977, Gaz. Pal. 1978, Tables, II, p. 164.

454 Comp. SJ 1984 p. 612.

455 Gaissonnet/César-Bru, p. 790.

En bref, la rétention s'entend de la détention physique d'une pièce dans des conditions telles que la partie qui aurait eu intérêt à s'en prévaloir n'y a pas eu accès et n'a pu en obtenir la production lors de la procédure originaire. Il s'ensuit que la découverte d'une pièce ne peut fonder la révision que si cette pièce existait lors de l'instance à laquelle le jugement attaqué a mis fin⁴⁵⁶.

b) Rétention par un cas de force majeure

Bien que la force majeure apparaisse dans plusieurs textes légaux⁴⁵⁷, les lois n'en donnent nulle définition. D'après la jurisprudence⁴⁵⁸, le cas de force majeure est un événement extérieur, extraordinaire, imprévisible, d'une violence insurmontable, entraînant la violation d'un devoir universel ou d'une obligation. Appliquée à l'activité probatoire des parties, cette description ne laisse guère de place au domaine du recours.

La force majeure peut être comprise de façon plus souple en droit neuchâtelois, si l'on se reporte aux origines du Code. On se rappelle que l'article 403 CPCN n'a pratiquement pas changé depuis la codification du droit de procédure, conduite sur la base des travaux du professeur Jacottet. Or l'ancien droit civil neuchâtelois connaissait également la notion de force majeure, mais il ne la distinguait pas du cas fortuit. On lit ainsi, sous la plume du professeur Jacottet lui-même: «le cas fortuit et la force majeure sont évidemment (...) des mots synonymes, et il est très difficile de savoir d'ailleurs quelle serait la différence entre les événements désignés par chacune de ces deux expressions: c'est toute cause étrangère au débiteur, qui ne peut lui être imputée»⁴⁵⁹.

Il est très tentant, et sans doute légitime, de comprendre la force majeure dont parle l'article 403 ch. I CPCN dans ce sens libéral, ce qui revient à faire équivaloir cette exigence – la présence d'un cas de force majeure – aux requisits ordinaires du devoir de diligence. On peut toutefois s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à prévoir alternativement le cas de force majeure et la rétention par le fait de l'adversaire. En effet, si la pièce est retenue par la partie adverse, le plaideur lésé se trouvera, le plus souvent, devant l'impossibilité non fautive de la produire. Faut-il en

456 RJN 6 I 400; Tribunal civil du district de La Chaux-de-Fonds, du 14 décembre 1978. H.; cf. aussi SJ 1949 p. 353 ss.; BJM 1963 p. 34, entre autres.

457 Cf. par exemple les art. 299, 487, 490, 1051, 1131 CO; 59 al. I LCR; 27 al. I LIE; 1 al. I LRChF.

458 ATF 91 II 487–488, et les références; 88 II 291.

459 Jacottet, p. 171; comp. pour Genève, Bellot, p. 174; SJ 1948 p. 35–36; 1984 p. 612, et les références.

déduire que l'absence de faute du recourant ne suffit pas à fonder la revision, en cas de rétention par la partie adverse, mais qu'il faut encore une rétention dolosive? On imagine mal pour quel motif le perdant devrait être plus mal loti lorsque l'impossibilité de produire la pièce est due au fait de l'adversaire plutôt qu'à une circonstance indépendante de la volonté des plaideurs. L'inverse paraît juste: la revision doit être accordée plus largement lorsque l'adversaire est à la source des difficultés de preuve rencontrées par le recourant. En particulier, une négligence éventuelle du lésé ne lui ferme pas l'accès à la revision, si la partie adverse l'a exploitée pour obtenir un jugement favorable, en retenant un titre qui lui aurait été imprudemment confié. Il n'est pas certain que le législateur ait envisagé les choses de la sorte, mais l'interprétation proposée ne se met en contradiction ni avec le système de la loi, ni avec les données historiques valables lors de l'adoption du premier Code de procédure civile.

c) Rétention par le fait de la partie qui a obtenu le jugement

La partie qui a obtenu le jugement est celle à qui le jugement profite. Bien que le prononcé attaqué ne soit pas opposable à l'intervenant et au dénoncé en vertu de l'autorité de la chose jugée, il n'existe aucune raison sérieuse de faire bénéficier les parties accessoires d'une immunité quelconque au regard du droit de la revision. Leurs actes sont assimilables à ceux de la partie à laquelle elles se joignent ou qu'elles représentent en justice.

Il n'est pas nécessaire que la partie adverse ait détenu la pièce matériellement⁴⁶⁰. Il suffit qu'elle en ait ordonné la soustraction par un tiers ou que la rétention ait résulté de son intervention⁴⁶¹. Comme on l'a vu plus haut⁴⁶², la jurisprudence française exige de la rétention qu'elle soit dolosive, contre l'avis d'une partie de la doctrine. Sans trancher la controverse, le Tribunal cantonal paraît incliner vers la solution retenue par les tribunaux français, en se fondant sur les mots «toute autre machination frauduleuse», qui concluent l'article 403 CPCN⁴⁶³. L'argument est peu convaincant, ne serait-ce qu'en raison du fait que certaines ouvertures ne supposent manifestement pas un contexte frauduleux. De plus, si le législateur avait voulu conférer à la rétention de l'article 403 ch. 1 CPCN le caractère d'une machination frauduleuse, il aurait pu biffer purement et simplement les mots «ou

460 Helberg, p. 116.

461 Garsonnet/Cézar-Bru, p. 790.

462 Cf. supra, p. 216.

463 RJN 6 I 401.

par le fait de la partie qui a obtenu le jugement». L'interprétation inverse leur restitue au contraire toute leur raison de figurer à l'article 403 ch. 1 CPCN. Il y a donc lieu à révision même si une partie retient de très bonne foi une pièce décisive contre elle.

C. *Le recouvrement (renvoi)*

L'événement qui donne sa perfection au droit de recours, soit le recouvrement de la pièce retenue, se confond avec celui qui déclenche le délai de recours, savoir la découverte de la pièce. Il a déjà été question de celle-ci à propos de l'initium du délai. On se bornera donc à rappeler qu'une pièce est recouvrée lorsque le recourant l'a en main ou lorsqu'il prend connaissance de son contenu, s'il est en droit de requérir sa production par celui qui la détient.

D. *La fausseté*

La langue populaire qualifie de faux tout ce qui est contraire à la vérité. La langue juridique réserve ce vocable à des atteintes à la vérité définies de façon variable selon le contexte, mais plus étroite que le langage courant. Il ne peut y avoir faux, au sens juridique, que dans la mesure où le droit, civil, pénal, procédural, permet de tenir une atteinte à la vérité pour établie. L'article 403 ch. 2 CPCN ne prend la fausseté en considération, précisément, que si elle est établie. Les possibilités de constater le faux rétroagissent donc sur la notion de fausseté au sens de l'article 403 ch. 2 CPCN.

Pour comprendre le sens de cette disposition, il s'impose de la replacer dans son contexte historique, ou plus exactement dans le contexte historique de son ancêtre, l'article 403 ch. 5 CPCN 1876. En effet, le droit de la preuve, le droit pénal et l'environnement procédural – plus particulièrement le droit de l'inscription en faux – ont été profondément modifiés depuis la première rédaction de l'article 403 ch. 2 CPCN.

S'agissant de la preuve littérale, le système était, en bref, le suivant⁴⁶⁴:

L'acte authentique faisait pleine foi de son contenu, au sens matériel et intellectuel. Son contenu matériel se composait des mots qui s'y sui-

464 Les précisions qui suivent proviennent de H. Jacottet, op.cit. dans la bibliographie, p. 383 ss.

vaient, dans un ordre correspondant aux idées qu'ils étaient censés exprimer, au-dessus des signatures. Son contenu intellectuel était constitué des faits que l'officier public déclarait s'être passés devant lui, qu'il déclarait avoir vus et entendus. La pleine foi du premier degré qui s'attachait à l'acte signifiait que son contenu était réputé vrai jusqu'à inscription en faux. La preuve contraire n'était pas admissible. Pour le surplus, l'acte faisait pleine foi au second degré. Les déclarations des parties, en particulier, étaient réputées sincères et véridiques jusqu'à preuve du contraire. L'acte authentique faisait enfin foi au troisième degré, c'est-à-dire entre parties et jusqu'à preuve du contraire, des mentions énonciatives ou narratives en rapport avec le dispositif.

L'acte sous seing privé, soit signé par une ou plusieurs parties dans l'intention de le faire servir de preuve, faisait pleine foi au premier degré de l'authenticité des signatures qui y étaient apposées et des écritures (au sens matériel) qu'il renfermait. L'article 1072 CCN disposait: «l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayants cause, la même foi qu'un acte authentique», l'article 1073 CCN précisant qu'il était «légalement tenu pour reconnu, si celui auquel on l'oppose ne déclare pas s'inscrire en faux contre l'acte». La pleine foi du second degré lui était due, s'agissant de la vérité des déclarations qui y étaient consignées, sous réserve de la date, qui obéissait à un régime spécial (foi du troisième degré) sans intérêt pour notre propos.

Enfin, les écrits non signés ne faisaient pas foi, sous réserve de quelques exceptions, tels les registres de marchands ou négociants, régis par un système de présomptions compliqué, qui autorisait toujours la preuve contraire. Selon les circonstances, l'écrit non signé apportait un commencement de preuve par écrit donnant droit à la délation du serment supplétoire ou à la preuve testimoniale.

L'inscription en faux assumait une fonction très précise, liée à la force probante du titre invoqué. Elle seule pouvait permettre de briser la pleine foi du premier degré. Elle ne pouvait être utilisée qu'à cette fin⁴⁶⁵. Selon que le titre contesté était authentique ou établi sous seing privé, l'inscription en faux pouvait se rapporter à son contenu intellectuel et matériel,

465

Ce que méconnaît à notre avis le Tribunal cantonal, dans le jugement publié aux ATC VIII 80ss., 83. Le Tribunal cantonal voit dans l'art. 282 CPCN 1906 une disposition restreignant très largement la portée de l'art. 280 CPCN 1876; or si les mots «acte authentique ou sous seing privé» ont remplacé le mot «pièce», la «pièce» dont il est question à l'art. 280 CPCN 1876, qui s'inspirait de l'art. 214 aCPCF, était bel et bien synonyme d'acte authentique ou sous seing privé (comp., pour l'ancien droit français, Perrot, cours, p. 482; Vincent, N^{os} 714ss.).

ou seulement à son contenu matériel. Le succès de l'inscription en faux ne dépendait pas de l'issue d'une instance pénale⁴⁶⁶, mais le juge pouvait suspendre le procès civil jusqu'à droit connu au pénal⁴⁶⁷. Enfin, le Code civil entendait par reconnaissance l'aveu, par un plaideur, de l'authenticité de l'écriture ou de la signature portée sur un document qui lui était opposé. En matière de titres, la reconnaissance était donc, elle aussi, liée à la pleine foi du premier degré.

Sur le plan de la répression, le Code pénal décrivait de façon très détaillée les comportements prohibés en matière d'écritures publiques et privées. La gravité des peines prévues était fonction de la valeur probante de l'écrit auquel l'infraction se rapportait. Le faux constituait un crime s'il affectait un élément du titre jouissant de la pleine foi du premier degré⁴⁶⁸. En d'autres termes, l'inscription en faux équivalait à l'allégation que les éléments constitutifs objectifs du crime de faux étaient réunis⁴⁶⁹.

Vu ce qui précède, il existe de très sérieuses raisons de penser qu'à l'origine, la disposition correspondant à l'actuel article 403 ch.2 CPCN s'inscrivait dans le prolongement de l'inscription en faux, en ce sens que la revision ne pouvait être obtenue que pour une circonstance qui aurait permis au recourant de s'inscrire en faux. La fausseté, prise dans ce sens étroit, se trouvait donc en relation directe avec le caractère légalement décisif du titre.

De nos jours, une telle interprétation a perdu tout son sens. Le système des preuves légales a cédé le pas au principe de la libre appréciation des preuves. La fonction de l'inscription en faux s'en est trouvée dénaturée, son domaine à la fois réduit et accru. Fonction dénaturée, parce que les parties sont admises à prouver outre et contre le contenu matériel et intellectuel du titre. Domaine réduit pour se limiter désormais au faux matériel et accru pour avoir été étendu à toute pièce écrite.

Pénalement, le faux n'est plus réprimé aux mêmes conditions qu'il l'était auparavant. Le titre, au sens pénal, est devenu une notion «fuyante et protéiforme»⁴⁷⁰, le faux dans les titres une infraction aux contours nébuleux, qui porte sur le contenu matériel et intellectuel du titre. Quant à la reconnaissance, on ne sait plus guère à quelle notion il convient de la rattacher.

466 Art. 283 CPCN 1876; ATC VII 508.

467 Art. 282 CPCN 1876.

468 Art. 122, 124, 125, 127 CPN; comp. art. 126 CPN.

469 Jacotet, p. 396.

470 Robert, p. 431.

Si l'on peut faire crédit au législateur de n'avoir rien voulu changer à ce qui existait déjà⁴⁷¹, lors des deux refontes successives du Code de procédure, les modifications précitées rendent ses intentions réelles difficilement perceptibles. Soit il a entendu la fausseté dans un sens restrictif, commun au droit civil et au droit pénal. Soit il a choisi de prendre la fausseté dans un sens large, englobant les acceptions civile et pénale de la fausseté. Traduite en langage mathématique, l'alternative peut s'énoncer ainsi: l'article 403 ch. 2 CPCN se réfère à une notion formée soit par l'intersection, soit par l'union des définitions civile et pénale du faux. La première proposition entraînerait l'impossibilité d'obtenir la révision d'un jugement fondé sur une pièce entachée de faux intellectuel, ce qui serait assez curieux, si l'on songe qu'un témoignage vicié par un mensonge peut donner lieu à révision. La seconde proposition apparaît préférable, en ce qu'elle sauvegarde un certain équilibre entre la force probante effective du titre et la révision du jugement qui l'a pris en considération⁴⁷². Il est d'ailleurs à noter que la notion pénale de titre – dont la définition conditionne bien évidemment les limites du faux dans les titres – est cernée, dans certains arrêts, par l'aptitude à la pièce à être utilisée comme moyen de preuve au prétoire⁴⁷³. Relevons encore qu'à l'heure actuelle, les articles 110 ch. 5 et 251 ss. CPS reflètent une vision du titre et de la fausseté plus large, à tous égards, que l'article 273 CPCN. La fausseté peut donc être définie, en principe, exclusivement au regard des conditions de punissabilité objectives dont dépend une condamnation pour faux dans les titres.

On l'a dit, les articles 251 ss. CPS donnent lieu à de graves difficultés d'interprétation. La jurisprudence, flottante, suscite la perplexité des pénalistes. Il n'est pas possible de développer ici un thème qui mériterait un ouvrage entier, et nous devons nous borner à un rappel superficiel de quelques données fondamentales.

Un écrit constitue un titre, au sens du Code pénal, s'il est destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique, en vertu de la loi ou des usages⁴⁷⁴. Lorsque la force probante est définie par loi, comme l'est celle des titres publics⁴⁷⁵, il est possible de prévoir in abstracto en quoi le titre

471 Cf. supra, p. 145.

472 Comp. Joly, N° 101, et les références.

473 ATF 102 IV 29 ss., 34; cf. aussi D. Knicapfel, in RPS 1981 p. 37 ss., et la théorie, déjà ancienne, de K. Binding, résumée par Du Pasquier, p. 37 ss.

474 ATF 106 IV 272; 103 IV 28; 101 IV 278–279; Stratenwerth, p. 161.

475 Art. 9 CC.

constituera dans tous les cas un faux susceptible d'une constatation pénale. En effet, le titre public est destiné et apte à prouver les faits attestés en vue desquels la loi exige ou permet l'établissement d'un tel titre, dans toute la mesure où le fonctionnaire ou l'officier public est tenu de vérifier les faits qu'il certifie⁴⁷⁶.

Pour ce qui est des écrits privés, en revanche, la supputation de leur aptitude et de leur destination à constituer un moyen de preuve est plus délicate. Incorporent-ils un acte juridique (*Dispositionsurkunde*), ils représenteront une preuve directe d'une grande force, si le thème de la preuve est l'acte en question. S'il s'agit en revanche d'établir un fait dont l'acte ne représente qu'un indice, la valeur probante du titre, donc la qualité de titre, s'en trouvera affaiblie⁴⁷⁷, sinon déclarée inexistante au regard de la loi pénale. Dans le domaine des affaires, le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises qu'un bilan ou un livre de comptes, qui ne constituent pourtant que des indices quant à la réalité des chiffres qu'ils contiennent, représentaient des titres propres et aptes à prouver cette véracité⁴⁷⁸, parce que la loi leur confère une valeur probante particulière⁴⁷⁹.

Quant à la fausseté, elle peut être matérielle ou intellectuelle.

La fausseté matérielle⁴⁸⁰ consiste dans l'irrégularité formelle affectant les signes qui composent l'écrit, par altération, contrefaçon, abus de blanc-seing, etc. Seule l'authenticité du titre (*Echtheit*) est en cause⁴⁸¹.

Le faux intellectuel, plus difficile à cerner, se rapporte à la véracité (*Wahrheit*) des déclarations contenues dans le titre. La fausseté dépend alors de la nature de la déclaration, de ses formes et (à nouveau) de la fonction de preuve que l'écrit est censé assumer. Concernant la nature de la déclaration, C. N. Robert⁴⁸² observe qu'un écrit ne peut attester que des données sur lesquelles il s'exprime, et non pas sur celles qui sont contingentes à son élaboration. Le même auteur distingue, quant à la forme, les documents explicatifs contenant des dispositions décidées par leur auteur et qui ont, de ce fait, une portée juridique, les documents de communication, qui portent des informations protocolées n'attestant que de la réalité des opérations enregistrées, et enfin les documents à caractère narratif, qui ne relatent que des

476 Deschenaux, p. 261.

477 Siegrist, p. 199.

478 ATF 82 IV 141; 79 IV 163.

479 ATF 103 IV 33; cf. Stratenwerth, in SJZ 1980 p. I ss.

480 Sur cette notion, cf. B. von Büren, in SJZ 1976 p. 237ss., et les exemples cités, p. 239-240.

481 Stratenwerth, p. 170ss.

482 P. 432.

opinions, idées ou affirmations de leur auteur. La même affirmation pourra être jugée fausse ou non, pénalement, selon la forme sous laquelle elle a été couchée par écrit. Le particulier qui, dans une lettre missive, rapporte des propos prétendument tenus devant lui ne commet pas un faux, au contraire du greffier qui verbalise incorrectement les déclarations d'un témoin. Enfin, s'agissant de la fonction probatoire, nous distinguerons avec C. N. Robert les documents qui ne peuvent prouver que leur propre contenu, et ceux dont la fonction probatoire s'étend à la véracité des allégations qui y sont consignées. On peut lire par exemple, sous la plume du Tribunal fédéral, et à deux pages d'écart, que la fausse signature apposée par un inculpé au pied d'un procès-verbal d'audition n'est pas un faux⁴⁸³, alors qu'une quittance relative à un paiement qui n'a pas eu lieu tombe sous le coup de l'article 251 CPS⁴⁸⁴. Dans le premier cas, le titre n'est destiné qu'à prouver que l'inculpé a dit ce qu'il a déclaré, alors que la quittance est réputée prouver le paiement.

C'est dans le domaine des titres narratifs que la jurisprudence apparaît le plus confuse. Nous ne prendrons qu'un exemple: une facture mensongère ne peut constituer un titre faux que si elle porte des énonciations défavorables à son auteur, et uniquement si elle se rapporte à des «opérations régulières sur les modalités desquelles il existe un doute»⁴⁸⁵ (et non pas s'il s'agit d'un document purement fictif).

Sans entrer dans plus de détails, on constate que la jurisprudence s'efforce d'insister sur la prévisibilité objective de la fonction probatoire du titre. Il ne suffit pas que le titre soit destiné ou propre à prouver un fait, comme le dit la loi⁴⁸⁶. Il faut qu'il soit l'un et l'autre⁴⁸⁷.

Le droit de la révision, au contraire, met l'accent sur le caractère effectivement décisif qu'a revêtu la pièce produite. Les deux conceptions se contrarient pour partie. Faut-il dès lors refuser la révision parce qu'une fausse facture n'était pas «destinée à prouver un fait ayant une portée juridique», si le tribunal a effectivement fondé son jugement sur une telle facture? Nous avons quelque peine à l'admettre, même si le Tribunal cantonal a affirmé, dans un ancien arrêt, que la «voie de la révision n'est pas ouverte contre les jugements qui sont rendus sur des pièces erronées»⁴⁸⁸.

483 ATF 106 IV 374.

484 ATF 106 IV 376.

485 ATF 102 IV 194/JT 1977 IV 110; cf. aussi Stratenwerth, p. 184.

486 Art. 110 ch. 5 CPS.

487 Cf. *supra*, p. 231.

488 ATC I 488.

Du moment que les conditions de la revision sont réalisées, au regard de l'article 403 ch.2 CPCN, indépendamment de toute sanction pénale⁴⁸⁹, il nous paraît préférable, en dernière analyse, de «dépénaliser» complètement les notions de titre (pièce) et de fausseté. Une pièce pourrait alors être considérée comme fausse lorsqu'elle contribue à créer, chez le juge, une conviction l'entraînant à une appréciation juridique autre que celle à laquelle il serait parvenu s'il avait constaté directement les faits qu'elle prouve⁴⁹⁰. La suggestion est certes hardie, mais elle a le mérite de laisser l'autorité de recours libre d'apprécier de cas en cas si la pièce contestée était fausse et décisive. Une telle souplesse se justifie aussi pour des raisons pratiques, liées aux conditions préalables à l'interjection du recours, dont il sera question à l'instant.

E. La reconnaissance et la déclaration (renvoi)

On ne reviendra pas en détail sur les modalités formelles de la reconnaissance et de la déclaration de fausseté, qui font courir le délai de recours⁴⁹¹.

La reconnaissance consiste dans l'aveu du faux par son auteur ou par la partie qui en a recueilli les fruits procéduraux.

La déclaration tient en une décision civile ou pénale constatant la fausseté de la pièce. Sur le plan civil, la déclaration est faite par un jugement incident prononcé sur inscription en faux. Sur le plan pénal, elle figure dans une décision rendue par une autorité d'instruction ou de jugement.

La reconnaissance et la déclaration agissent en quelque sorte comme des filtres. Le recourant n'est admis à solliciter la revision que s'il dispose d'une preuve préalable⁴⁹², réputée établir la fausseté de la pièce.

Lorsque cette preuve consiste dans un jugement incident civil, la situation est claire, car un tel jugement a pour objet unique le point de savoir si une pièce est entachée de faux matériel ou non.

489 Comp., pour l'inscription en faux, ATC VII 508.

490 Que l'on ne se méprenne pas: les faits que la pièce contribue à prouver ne se limitent pas au thème de la preuve entendu étroitement. Supposons qu'une partie supporte l'incombance de prouver tel paiement. Sentant qu'elle va échouer, elle fabrique un faux. Celui-ci est apte à convaincre le juge de la réalité. Il s'agit néanmoins d'un faux, car si le juge connaissait les circonstances dans lesquelles la pièce a été établie, il lui attribuerait une force probante faible, voire nulle, ce qui l'amènerait à une appréciation juridique différente du fait à prouver. Pour que la pièce prouve le paiement, il faut d'abord qu'elle prouve sa propre existence, son contenu matériel, intellectuel, et l'identité de son auteur.

491 Cf. supra, p. 196-197.

492 Cf. RJN 3 I 132; SJ 1941 p. 246.

Une décision pénale, en revanche, peut fort bien constater qu'une pièce, une facture par exemple, a un contenu manifestement mensonger, sans statuer pour autant sur la qualification de titre au sens de l'article 110 ch. 5 CPS ou de faux au sens de l'article 251 CPS. Il peut en être ainsi, notamment, lorsqu'il apparaît que les conditions de punissabilité subjectives ne sont pas réalisées.

Le phénomène est plus évident encore lorsqu'une reconnaissance est en cause. Avouer avoir passé ou produit une écriture contraire à la réalité, ce n'est pas encore fournir la preuve que les conditions objectives d'une condamnation pour faux dans les titres sont réunies. Et quand même l'aveu s'étendrait à la qualification juridique du faux, sa portée n'en serait pas moins très limitée, sinon nulle, sur ce point. L'article 403 ch. 2 CPCN se satisfait pourtant d'une simple reconnaissance. Cela nous incite à persister dans une conception large de la fausseté, telle qu'exprimée plus haut. Celle-ci épargne au juge du recours le devoir de se substituer aux autorités pénales pour qualifier le faux au regard du Code pénal, lorsque celles-ci n'ont pas été mises à contribution.

F. L'ignorance

L'article 403 ch. 2 opère une distinction temporelle. Si la reconnaissance ou la déclaration de fausseté a eu lieu avant le jugement, il faut que «l'une des parties» l'ait ignorée. Si elle est intervenue par la suite, la loi ne pose aucune exigence subjective spécifique. La formulation adoptée par le législateur signifie-t-elle que l'une des parties, qui ne peut être que la partie lésée, a dû ignorer non pas le faux, mais bien la preuve qualifiée du faux? Faut-il en déduire, d'autre part, que la partie adverse devait être consciente de la fausseté de la pièce?

Une réponse affirmative à la première question enlèverait toute portée au devoir de diligence des parties, dans le contexte de l'article 403 ch. 2 CPCN. Le plaideur à qui la pièce fausse serait opposée, et qui aurait connaissance de la fausseté, pourrait se dispenser de toute réaction et attendre qu'un jugement soit rendu contre lui pour faire déclarer la pièce fausse et solliciter la révision du jugement. Cette conséquence serait surprenante, si l'on se rappelle qu'une partie est réputée connaître le motif potentiel de révision si elle peut s'appuyer sur la perspective fondée d'apporter la preuve de son existence. Il faut insister d'autre part sur le fait qu'aux termes de l'article 273 CPCN, la partie qui veut se prévaloir d'un faux matériel est tenue de s'inscrire en faux contre l'acte, avant la clôture de la procédure. Une interprétation littérale de l'article 403 ch. 2 CPCN priverait l'article 273 CPCN

de son caractère impératif clairement exprimé. La revision n'est donc admissible, en vertu de l'article 403 ch.2 CPCN, que si la partie lésée ignorait que la pièce avait été reconnue ou déclarée fausse, et si elle n'avait acquis ou n'aurait pu acquérir la connaissance sûre du fait que la pièce litigieuse était fausse.

Répondre affirmativement à la deuxième question équivaldrait, dans la majorité des cas, à faire dépendre le succès du recours d'une fraude de la partie adverse. L'article 403 ch.2 CPCN n'aurait sa raison d'être, en tant qu'ouverture indépendante, que dans l'hypothèse exceptionnelle où la pièce fausse aurait été produite par la partie lésée elle-même ou par une partie accessoire, auquel cas la conscience que l'adversaire aurait de la fausseté ne suffirait, en elle-même, à constituer une fraude. Une telle interprétation n'apparaît guère raisonnable. R. Morel⁴⁹³, de même que E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru⁴⁹⁴ l'ont rejetée à juste titre. L'intimé ou son auteur peuvent fort bien avoir ignoré, eux aussi, que la pièce était fausse.

3. *Les ouvertures relatives à des déclarations faites en justice*

A. *Principes communs*

L'article 403 ch.3 CPCN sanctionne une forme d'activité frauduleuse particulière consistant dans un comportement procédural réprimé par la loi pénale. Le motif de revision proprement dit est réalisé par l'infraction. Cela signifie d'abord qu'il ne suffit pas que le recourant établisse la réunion des seules conditions de punissabilité objectives⁴⁹⁵. Cela implique ensuite que la condamnation n'est pas un élément constitutif de l'ouverture, mais une condition d'exercice du droit de recours. Comme on l'a dit plus haut⁴⁹⁶, ce serait faire preuve d'un formalisme inutilement rigoureux que de refuser la revision dans l'hypothèse où l'autorité pénale aurait constaté la commission de l'infraction, l'auteur de celle-ci restant impuni pour une raison étrangère à ce constat.

493 P. 502.

494 P. 788.

495 L'ancien droit français n'ouvrait pas la requête civile en cas de faux témoignage ou de faux serment. Cette ouverture est apparue dans le nouveau droit, sous une forme qui rappelle l'art. 403 ch.2 CPCN. Cf. l'art. 595 ch.4 nCPCF: «[...] s'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement».

496 Cf. *supra*, p. 198.

B. *Le faux témoignage*

Le faux témoignage est le fait d'un tiers au procès⁴⁹⁷, qui est appelé à déclarer des faits qu'il connaît par la perception de ses sens. L'article 403 ch.3 CPCN ne précise pas si la notion de témoin doit être entendue dans son sens procédural, étroit, ou s'il faut comprendre le faux témoin dans son acception pénale, élargie, qui couvre l'activité procédurale de l'expert, de l'interprète et du traducteur.

A la rigueur des textes, il semble que la personne condamnée doit avoir été entendue comme témoin au sens étroit, car le Code de procédure distingue la preuve testimoniale (articles 220ss. CPCN) et la preuve par expert (articles 246ss. CPCN). Cependant, l'expert assume une fonction très proche de celle du témoin. Les différences essentielles que la doctrine voit entre le témoin et l'expert sont les suivantes: l'expert s'exprime dans la règle sur des faits présents, ce qui n'est pas le cas du témoin⁴⁹⁸; certes, mais l'expertise peut fort bien se rapporter à des faits passés. L'expert possède des connaissances spéciales, qu'il met à contribution pour élaborer un jugement de valeur⁴⁹⁹, alors que le témoin se borne à énoncer des faits; on a vu plus haut⁵⁰⁰ que la seule énonciation d'un fait supposait un jugement de valeur. L'expert fait bénéficier la justice de sa connaissance de certaines règles d'expérience, alors que le témoin ne restitue que des sensations concrètes⁵⁰¹; sans doute, mais l'expert applique ses connaissances à des événements concrets, les faits de la cause, qu'il perçoit par ses sens. Enfin, la relation du témoin au tribunal a un caractère accidentel, car elle découle de celle, individuelle et historique, qui l'unit à la cause, alors que l'expert est interchangeable, car son activité ne suppose aucun lien préexistant avec la situation litigieuse⁵⁰². Cette différence est réelle, mais elle n'interdit pas l'appréhension de l'expertise comme une forme particulière du témoignage ou, à tout le moins, une assimilation de l'expert au témoin, qui nous paraît au contraire justifiée.

L'activité de l'interprète et du traducteur ne constitue pas un moyen de preuve⁵⁰³. Il n'empêche qu'elle contribue à la formation de la

497 Sur cette notion, cf. Guldener, ZPR, p.340-341 n.14; Sträuli/Messmer, n.5 à 10 ad § 157 ZPO; Çelebi, p.26ss.; Zenhäusern, p.31ss.; RJN 6 I 379ss.; S I 198; ATC VII 286.

498 Guldener, p.339 n.3.

499 Zenhäusern, p.38, citant Lent.

500 Cf. supra, p.28ss.

501 H. Oflinger, p.16.

502 Paillard, p.168; Pfäffli, p.24; pour Zenhäusern, p.39, et Klopfer, p.10-11, il s'agit du seul critère permettant de délimiter à coup sûr la notion d'expert et celle de témoin.

503 Logoz, p.732.

conviction du juge, par le fait qu'elle lui rend accessible une déclaration se rapportant aux faits de la cause. Trivialement exprimé, le traducteur et l'interprète ne sont autres que les témoins des déclarations d'une partie, d'un autre témoin ou d'un expert. Ils sont en même temps des experts dont les connaissances spéciales portent sur un langage inconnu du tribunal. Au regard du droit de la revision, il n'existe pas de différence fondamentale entre un témoignage se rapportant au contenu d'une pièce détruite et une traduction relative à une pièce incompréhensible pour le tribunal. La revision doit donc être ouverte indépendamment de la qualité en laquelle l'auteur de l'infraction s'est rendu passible d'une condamnation en vertu de l'article 307 CPS.

L'acte délictueux consiste à faire une déposition fausse sur les faits de la cause.

D'après la doctrine⁵⁰⁴, la déposition est fausse quand elle est contraire à la vérité objective. Etant donné le caractère très fuyant de la «vérité objective», nous préférons la formule de R. Paillard⁵⁰⁵: «la trahison consciente du fait mémorisé, matérialisé par la déposition, constitue le faux témoignage». Si le témoin déclare par exemple avoir vu tel automobiliste brûler un feu rouge, alors qu'il ne l'a pas vu, il commet un faux témoignage, même si l'automobiliste n'a effectivement pas respecté le signal lumineux⁵⁰⁶. Encore faut-il, pour qu'une condamnation soit possible, que le témoin ait menti intentionnellement ou par dol éventuel.

Les faits de la cause sont ceux qui ont un rapport avec le litige. Le témoin qui donne des indications erronées sur son âge ou son état civil ne commet pas un faux témoignage, pas plus que celui qui émet une opinion ou un jugement de valeur personnel⁵⁰⁷. L'article 307 al.3 CPS atténue la peine légale si la fausse déclaration ne peut exercer aucune influence sur la décision du juge. D'après la jurisprudence⁵⁰⁸, cette disposition n'est applicable que si les faits constitutifs du faux témoignage étaient par nature – c'est-à-dire abstraitement et a priori – inaptes à influencer le jugement⁵⁰⁹. Cela signifie, à notre avis, qu'un recours en revision fondé sur une condamnation prononcée en application de l'article 307 al.3 CPS doit être rejeté pour dé-

504 Logoz, p. 728; Stratenwerth, p. 314.

505 P. 167.

506 Cf. Pfäffli, p. 59.

507 La limite entre l'énoncé d'un fait et l'interprétation de ce fait n'est pas toujours aisée à tracer, on l'a vu dans la partie générale; cf. ATF 93 IV 58-59.

508 ATF 106 IV 198; 93 IV 26 ss.; 75 IV 68 ss.; 70 IV 82 ss.

509 Sur la relation entre les «faits de la cause» et les «faits qui peuvent influer sur la décision du juge», cf. Stratenwerth, p. 316; Pfäffli, p. 52 ss.

faut de lien de causalité entre le motif de revision et la teneur du jugement attaqué⁵¹⁰.

C. *Le faux serment*

Abstraction faite de l'instance civile jointe au procès pénal, l'interrogatoire des parties ne figure pas, en droit neuchâtelois, parmi les moyens de preuve⁵¹¹. En revanche, le Code connaît encore l'institution du serment, preuve légale à caractère très formaliste. Si le recours en revision ne fait l'objet que de rares applications pratiques, l'ouverture tirée d'un faux serment prend l'allure d'un cas d'école, le serment n'étant pratiquement plus utilisé. On ne s'y attardera donc pas.

Le serment décisoire tend à établir la vérité d'un fait essentiel personnel à la partie à qui on le défère, c'est-à-dire dont l'existence ou la non-existence lui est nécessairement connue. Déféré d'une partie à l'autre, il présente le caractère d'une transaction à laquelle l'une des parties peut forcer l'autre, en la lui proposant⁵¹². De ce fait, il n'est admissible que si le procès porte sur un droit dont les parties ont la libre disposition. De même, il est impossible à une partie de prouver, en cours de procédure, la fausseté du serment prêté par l'autre, en raison de la nature contractuelle du serment. «En déférant le serment, écrivait H. Jacottet, on s'interdit tout autre moyen de preuve et, en usant d'autres moyens, on s'interdit de déférer le serment»⁵¹³. Le Code actuel a renoncé au principe d'exclusivité (article 296 CPCN), mais il a maintenu l'interdiction de prouver la fausseté du serment (article 291 CPCN). Il serait pourtant peu raisonnable de suivre l'opinion de H. Jacottet, lorsqu'il déclare que la preuve de la fausseté du serment n'est même pas admissible par la voie criminelle⁵¹⁴. Le recours en revision permet précisément l'invocation de cette preuve, qui doit raisonnablement pouvoir être administrée aussi en cours d'instance⁵¹⁵.

510 Voir toutefois BJP 1981 N° 100, qui reprend le résumé de l'ATF 106 IV 194.

511 ATC VIII 532-533: «Il a été institué pour élucider les faits du procès et permettre à chaque plaideur de provoquer l'aveu de la partie adverse [...]. Le juge instructeur doit s'abstenir de rendre la partie interrogée attentive à des suites pénales qu'une fausse déclaration ne saurait entraîner pour elle»; CCC V 61-62; cf. aussi ATF 76 IV 278 ss.; Walder, *Prozessbetrug*, p. 110-111; Yung, *déclaration*, p. 522; W. Perrig, in *SJZ* 1956, p. 341 ss.; *Comp. Dunand*, p. 169.

512 Jacottet, p. 499.

513 Jacottet, p. 505.

514 Jacottet, p. 507.

515 Cf. *supra*, p. 114.

Le serment d'office, supplétoire ou litisestimator, peut être déféré par le tribunal, lorsque la preuve d'un fait n'a pas été rapportée de façon pleinement convaincante, pour autant qu'elle n'ait pas totalement échoué. Le serment supplétoire porte sur un fait dont dépend la décision de la cause, le serment estimator sur la valeur d'une chose⁵¹⁶. Le serment d'office ne peut être déféré qu'à la partie qui supporte le fardeau de la preuve. Il ne peut l'être qu'à fin de cause⁵¹⁷, ce qui exclut pratiquement la possibilité de prouver sa fausseté en cours de procédure.

Le faux serment est réprimé aux mêmes conditions que le faux témoignage. Une condamnation suppose notamment une déclaration objectivement fausse sur les faits de la cause, faite intentionnellement ou par dol éventuel. A la différence du témoignage, le serment a toujours un caractère décisif. La recevabilité du recours implique donc la rétractation du jugement attaqué.

4. *La machination frauduleuse*

A. *Remarques générales*

L'article 403 al. 4 CPCN laisse au juge une marge d'interprétation très large. Contrairement aux autres ouvertures de l'article 403 CPCN, la machination frauduleuse est difficile à replacer dans son contexte historique. Ostervald mentionnait déjà certaines particularités marquant le relief d'une sentence obtenue par la fraude⁵¹⁸. Lors de la codification du droit de procédure, le législateur adopta la formule qui figure encore à l'article 403 ch. 4 CPCN, mais les travaux préparatoires des codes successifs ne fournissent aucune indication sur la nature de la fraude visée par cette disposition. Ni l'article 896 CCN, qui traite du dol en matière contractuelle, ni l'article 213 CPN, relatif à l'escroquerie, n'utilisent textuellement l'expression «machination frauduleuse», bien que la fraude soit présente dans l'esprit de l'un et de l'autre. L'origine de cette locution doit être recherchée dans la Loi sur la procédure civile pour le canton de Genève de 1819, dont les dispositions

516 Le législateur a maladroitement fondu le serment supplétoire et le serment estimator dans un moule commun, ce qui met l'art. 299 CPCN en contradiction avec l'art. 298 al. 2 CPCN. L'art. 299 CPCN suppose une impossibilité de constater la valeur de la chose, alors que l'art. 298 al. 2 CPCN exige que le fait à constater ne soit pas totalement dénué de preuve. Or telle était précisément la différence entre le serment supplétoire et le serment estimator (cf. Jacotet, p. 515).

517 Art. 301 CPCN.

518 Ostervald, p. 446.

relatives au recours en revision s'inspirent des anciens édits civils, de la grande ordonnance de 1667 et de l'ancien Code de procédure civile français. Sans s'attarder sur les machinations frauduleuses ouvrant la revision, P. F. Bellot révèle implicitement l'analogie qu'elles présentent avec le dol personnel dont il est question en ancien droit français de la requête civile⁵¹⁹. D'une part, la machination doit avoir été l'œuvre de la partie à qui le jugement profite, ce qui résulte déjà du verbe «obtenir», qui apparaît également à l'article 403 ch. 4 CPCN. Seul obtient quelque chose celui qui peut s'en prévaloir. D'autre part, la revision est accordée également si le jugement a été obtenu par surprise, ce qui restreint le caractère élaboré que semble suggérer a priori le mot «machination».

Le premier enseignement que l'on peut tirer du droit français tient au contexte civil auquel se rattache notre ouverture. La doctrine française a établi une relation directe entre l'article 480 ch. 1 aCPCF et l'article 1116 CCF⁵²⁰. Le recours est donc ouvert indépendamment de toute infraction à la loi pénale⁵²¹.

B. *La loyauté en procédure*

Le domaine de la fraude commence où cesse la liberté des parties, quant au choix des armes qu'elles mettent au service de leur cause. Qui dit dol, fraude, manœuvres ou machinations frauduleuses dit déloyauté. Le droit judiciaire privé neuchâtelois prescrit-il le devoir de procéder loyalement?

Quelques dispositions éparées, tels les articles 84, 368, 369 CPCN, mentionnent la témérité et l'usage de procédés de mauvaise foi, mais sans frapper pour autant les actes de procédure téméraires ou abusifs d'invalidité⁵²². La sanction n'a qu'un caractère accessoire purement pécuniaire. On peut en dire autant de la règle, exprimée par l'article 2 al. 2 LAJA, selon laquelle l'assistance judiciaire n'est accordée qu'aux plaideurs dont la cause n'apparaît pas d'emblée dénuée de chances de succès. L'article 72 CPCN dispose d'autre part que le juge «rappelle à la convenance les parties qui

519 Bellot, p. 174 ss.

520 Garsonnet/Cézar-Bru, p. 783, 787.

521 Comp. § 586 ch. 4 RFA, qui énonce le principe inverse. Il faut noter que le Tribunal fédéral a jugé l'art. 148 CPS inapplicable à l'escroquerie procédurale, c'est-à-dire à l'obtention frauduleuse d'un jugement favorable; cf. ATF 78 IV 84 ss.; voir aussi ATF 103 IV 30. Cette jurisprudence a été critiquée. Voir Walder, Prozessbetrug, p. 105 ss.; Schwartz, p. 298-299; M. Waiblinger, in ZBJV 1955 p. 101 ss.; G. Surtenworth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1, 2^e éd. Berne, 1978, p. 229-230; P. Noll, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1, Zürich 1983, p. 200.

522 Guldener, Treu und Glauben, p. 393 n. 24; cf. toutefois RJN 6 I 525.

s'en écartent». Rarement appliquée, cette règle vise avant tout les usages formels en vigueur au prétoire.

L'article 21 LB prescrit, de façon plus normative, que les avocats «doivent ne soutenir aucune cause qu'ils savent n'être ni juste ni équitable, ne pas travestir sciemment les faits ni chercher à égarer les juges par des artifices». De même, les us et coutumes du Barreau neuchâtelois énoncent un certain nombre de préceptes déontologiques, dont le Tribunal cantonal a étendu l'application aux avocats non membres de l'Ordre, avec l'approbation du Tribunal fédéral⁵²³. L'avocat étant considéré de nos jours comme un auxiliaire de la justice, il n'y a pas lieu de s'étonner qu'il lui soit imposé un comportement empreint de probité. Pour cette même raison, on ne saurait affirmer sans autre que les parties sont astreintes à une attitude moralement irréprochable. Le droit cantonal n'exprime en tout cas pas d'exigence particulièrement rigoureuses sur ce point.

Le droit matériel fédéral, en revanche, énonce le principe général dit de la bonne foi, dont la portée a été étendue, non sans hésitations ni réticences, à la procédure civile. Cette extension s'est imposée dans la jurisprudence⁵²⁴, malgré une résistance qui s'appuyait, pour l'essentiel, sur deux arguments: d'abord, le procès se développe dans un encadrement plus rigide que la vie quotidienne, dont chaque élément a été mûrement réfléchi par le législateur, en vue de satisfaire un intérêt déterminé; ensuite, les plaideurs ne sont pas mus par une communauté d'intérêts, contrairement aux parties à une convention, mais se livrent au contraire à un combat juridique acharné. La doctrine majoritaire⁵²⁵ considère au contraire que les parties et le tribunal constituent en fait une communauté de travail (*Arbeitsgemeinschaft*) tendue vers le prononcé d'un jugement juste, et que le formalisme procédural ne doit pas être compris comme un rituel implacablement fermé à toute modalisation inspirée des principes généraux du droit. Certains, tel C. Marchetti, estiment même que le devoir de loyauté va plus loin au prétoire qu'à la ville. La discipline judiciaire se traduirait, selon cet auteur, par une inversion des principes de comportement; alors qu'en droit privé, ce qui n'est pas interdit est permis, le droit de procédure prohiberait ce qu'il n'autorise

523 ATF 98 Ia 356ss.

524 ATF 107 Ia 211-212; 105 II 155; 101 Ia 44; 83 II 348ss.; 79 II 17; 60 II 490; cf. aussi RJN 5 I 15.

525 Sur l'ensemble de la question, voir Guldener, *Treu und Glauben*; Hug, p. 10ss.; W. Müller, p. 7ss.; Casanova, p. 114ss.; Gerwig, p. 94; Schwartz, p. 291ss.; Furrer, p. 140ss.; Fritzsche, p. 27ss.; cf. aussi H. Dölle, in *Festschrift für Otto Riese*, Karlsruhe 1964, p. 291ss.; Konzen, p. 79ss.; B. Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* Köln/Berlin/Bonn/München 1983.

pas⁵²⁶. D'autres, à l'inverse, bien qu'admettant l'extension à la procédure des commandements généraux du droit privé, préconisent une certaine réserve dans cette assimilation, en raison du contexte antagoniste dans lequel se développe le procès civil⁵²⁷. On peut tenir cette option pour la plus représentative de la pratique judiciaire moderne en Suisse. Encore faut-il l'illustrer par quelques remarques plus concrètes.

Les applications du principe de la bonne foi en procédure peuvent être divisées en deux grandes catégories. La première englobe les actes par lesquels un plaideur mésuse des formes et droits procéduraux dont il peut se prévaloir en principe; la seconde embrasse les irrégularités occultes qui faussent les données de la contestation ou le traitement de celle-ci⁵²⁸.

La première catégorie se rattache à l'interdiction de l'abus de droit. Il y a abus à procéder sans action ou sans espoir de succès, à faire obstacle à la progression de l'instance par l'usage de moyens préjudiciels, de recours, d'oppositions ou d'incidents dilatoires, ou encore à gonfler inutilement les frais de justice, notamment en n'invoquant qu'au dernier moment un élément faisant apparaître inutiles les opérations antérieures. De même, une agressivité disproportionnée à l'ampleur des intérêts en cause peut se révéler abusive, tout comme l'exercice chicanier d'une prérogative reconnue par la loi⁵²⁹. Ces quelques exemples révèlent une déloyauté à cœur ouvert, dont il s'agit uniquement de déterminer si elle se traduit par des actes réguliers ou non. Si le tribunal affirme cette régularité, même implicitement, il ne reste plus de place pour la revision, qui ne conduirait qu'à une nouvelle appréciation de l'attitude affichée par le plaideur artificieux⁵³⁰.

La deuxième catégorie regroupe les procédés captieux qui tendent à acheminer la contestation vers une solution favorable à leur auteur. Ceux-ci peuvent se rapporter aux allégations, aux preuves ou, plus généralement, au processus d'élaboration du jugement.

Sur le terrain des allégations, le principe de la bonne foi se traduit par le devoir de vérité (*Wahrheitspflicht*), qui, selon K. Hellwig⁵³¹, appar-

526 P. 424.

527 Cf. Deschenaux, p. 150; Habscheid, DJP, p. 363; voir aussi Boyer, p. 69-70.

528 Cf. Furrer, p. 141.

529 Pour plus de détails, cf. W. Müller, p. 11 ss.; Casanova, p. 119 ss.

530 Contra, apparemment, SJ 1984 p. 614.

531 Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, II, Leipzig 1907, p. 44.

tient aux principes juridiques tellement élémentaires que le législateur peut se dispenser de les mentionner expressément. Le devoir de vérité consiste en l'obligation faite aux plaideurs de ne pas s'écarter, dans toute déclaration faite en procédure, de leur représentation subjective des faits pertinents⁵³². On ne peut toutefois exiger des parties qu'elles n'affirment que des faits dont elles ont une connaissance sûre, car le procès doit précisément permettre de faire la lumière sur les données incertaines sur lesquelles elles ne s'entendent pas. Que l'on songe par exemple aux allégations relatives au dommage prétendument subi. La procédure neuchâteloise, qui exige des conclusions en paiement qu'elles soient chiffrées, contraint le demandeur à l'exagération ou à la réforme, pour peu qu'il n'ait pas au départ une idée très précise du préjudice dont il demande réparation. Dans tous les cas, le devoir de vérité comporte l'obligation de ne pas affirmer un fait dont on sait qu'il est faux, et de ne pas nier un fait que l'on tient pour vrai. «Die Grenze ist erst da zu ziehen, wo die Überzeugung der Unwahrheit beginnt»⁵³³. Le Tribunal cantonal a certes relevé, dans un ancien jugement⁵³⁴, que le Code de procédure civile ne menaçait d'aucune peine la partie qui violait son obligation d'être véridique, sous réserve de l'amende prévue à l'article 369 CPCN, mais cette affirmation n'enlève rien au devoir lui-même, qui est seul en cause ici.

Le devoir de vérité inclut également l'obligation d'être complet. Il est toutefois très difficile de définir abstraitement la limite à partir de laquelle la réticence devient déloyale. «Il y a dans chaque cas particulier, écrit W. Yung, une sorte de balance à faire, de comparaison à établir entre les situations respectives des parties, afin de juger les devoirs de chacune d'elles (...) et les risques d'ignorance qui doivent rester à sa charge»⁵³⁵. Pour P. Schwartz⁵³⁶, cette comparaison des intérêts doit tenir compte de la cause finale qui motive l'attitude des parties. Ainsi, la perspective de rencontrer des difficultés de preuve légitimerait la réticence ou la contestation mensongère d'un fait vrai; craignant de ne pouvoir établir un lien de filiation pater-

532 W. Müller, p. 23 ss.; Dunand, p. 146 ss.; Casanova, p. 121 ss.; Hug, p. 32; Guldener, ZPR, p. 189, 303; Vogel, ZPR, p. 120-121; Sträuli/Messmer, n. 5 ad § 50 ZPO. Pour H. Casanova, p. 122, le devoir de vérité s'étend aux affirmations que les parties font à leur avocat; voir aussi O. Kellerhals, Die Zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, thèse, Berne 1953, p. 84 ss.; P. Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, thèse, Zürich 1969, p. 124-125; M. C. Levis, Zivilrechtliche Anwaltshaftepflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, thèse, Zürich 1981, p. 37.

533 Jauernig, ZPR, p. 85.

534 ATC VIII 531.

535 Vérité, p. 94.

536 P. 298.

nelle dont elle est convaincue, la demanderesse en recherche en paternité serait en droit d'omettre toute allusion à l'abondant commerce charnel qu'elle a pratiqué avec de nombreux partenaires pendant la période critique; se sachant incapable de prouver la restitution de la somme prêtée, l'emprunteur serait admis à contester la réception de l'argent. Le point de vue de P. Schwartz nous paraît dangereux. Si les parties peuvent disposer librement de certains droits, il ne leur appartient pas de travestir les faits pour amener le juge à rendre un jugement qu'elles estiment, personnellement, justifié⁵³⁷. Leur reconnaître cette faculté en certaines circonstances, qu'elles apprécieraient, par la force des choses, en toute subjectivité, ce serait ouvrir la porte à l'excès. Le juge n'étant pas un observateur idéal et omniscient, il lui est en effet impossible d'exercer un contrôle sur la motivation qui inspire leurs déclarations. Cela dit, le devoir d'être complet n'est pas entendu, sous nos latitudes, de façon très rigoureuse. En matière contractuelle, notamment, un co-contractant n'a pas la charge de sauvegarder les intérêts de son partenaire, et, en particulier, de le renseigner sur des éléments qu'il est censé connaître⁵³⁸. Une telle obligation n'existe pas plus en droit de procédure.

Dans la mesure où les déclarations des parties ne constituent pas un moyen de preuve en leur faveur, on peut se demander si un mensonge est apte à influencer l'issue du litige, sans autre artifice portant sur la preuve, tel qu'un témoignage de complaisance ou une falsification de titre. Tel est le cas. L'aveu soustrait le fait sur lequel il porte à l'administration de preuves, lorsque l'ordre public n'est pas en cause. Peut dès lors être considérée comme causale toute contestation mensongère d'un fait qu'une partie est tenue d'avouer en vertu du principe de la bonne foi⁵³⁹, si le fait n'a pas été retenu constant. Lorsque la «maxime d'office» s'applique, en revanche, la dénégation mensongère d'un fait vrai n'est pas causale. Une affirmation fausse peut aussi, selon les circonstances, influencer sur la teneur du jugement. Il en est ainsi lorsque l'adversaire échoue dans la preuve contraire dont elle supporte le fardeau. Cette hypothèse est, il est vrai, exceptionnelle, mais elle se présente parfois: le fardeau de la preuve est inversé, par exemple,

537 Dans le même sens, Hug, p. 21-25; Marchetti, p. 439-440. Cet auteur relève qu'un système permettant au juge d'apprécier également les pro se pronunciations évite aux parties de se voir acculées, en certaines circonstances, au mensonge pour la bonne cause. Comp. Gerwig, p. 95-96; R. Hauser, Zur Beweisaussage im Zivilprozess, in Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Berne 1980, p. 625.

538 ATF 105 II 158; 102 II 84; P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, p. 135-136.

539 Contra, Johannsen, p. 92 n. 35, pour qui la teneur du jugement résulte uniquement de l'échec subi lors de l'administration des preuves. Ce point de vue procède d'une conception étroite de la causalité que nous avons écartée (cf. supra, p. 219-220). Voir aussi Fritzsche, p. 32.

lorsqu'un plaideur devrait théoriquement apporter la preuve – impossible – d'un ensemble de faits négatifs indéterminés⁵⁴⁰.

Dans le domaine des preuves également, la malhonnêteté trouve un terrain d'exercice extrêmement fertile. On se bornera à quelques exemples, en commençant par ceux que suggère l'article 403 CPCN: fabriquer, falsifier, retenir ou détruire une pièce importante, suborner un témoin ou, inversement, le réduire au silence, se parjurer, user de menaces ou de violences à l'égard de l'adversaire, corrompre son avocat pour le dissuader d'invoquer telle preuve, acheter un expert, etc.

Qu'en est-il de la simple passivité des parties au stade de l'administration des preuves? Chaque partie supporte en principe les conséquences de son inaction. La jurisprudence fédérale est pourtant allée jusqu'à déduire du principe de la bonne foi un devoir de collaborer activement à la constitution de l'état de fait litigieux. Il a été jugé, notamment, que lorsqu'une partie doit fournir la preuve – pratiquement très difficile – de l'inexistence d'un fait, les règles de la bonne foi obligent la partie adverse à faire la preuve contraire, l'échec de cette preuve constituant un indice en faveur de la partie qui supportait l'onus probandi⁵⁴¹. En réalité, il s'agit là d'une question qui concerne exclusivement l'appréciation de la preuve et qui relève donc du droit cantonal⁵⁴². Le juge appréciant librement les conséquences attachées à la passivité éventuelle de la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve, l'inaction de cette dernière ne saurait être jugée frauduleuse⁵⁴³.

Il a été question jusqu'ici des atteintes à la reconstitution des faits. La déloyauté peut cependant prendre des formes plus tortueuses pour aboutir à un résultat identique. Une partie peut ainsi être mise hors d'état d'exercer les droits procéduraux qui lui appartiennent, en particulier le droit d'alléguer et de prouver. Que l'on songe par exemple à l'interception d'un acte de procédure ou des instructions qu'une partie donne à son mandataire, ou encore à l'obtention d'un jugement par défaut, alors que l'adresse du défaillant est connue de son adversaire.

Les données du litige peuvent aussi être faussées par des artifices qui ne sont pas étroitement liés à la marche de l'instance. Le dol, tel qu'il est

540 Deschenaux, p. 248; Kummer, n. 196ss. ad art. 8 CC.

541 ATF 95 II 233; 66 II 147; cf. aussi ATF 40 II 622ss., 629–630.

542 Deschenaux, p. 245 n. 62; Kummer, n. 184ss. ad art. 8 CC.

543 Comp. RJN 6 I 526ss.; cette hypothèse ne doit pas être confondue avec l'éventualité d'une obstruction à l'administration d'une preuve, visée par l'art. 403 ch. I CPCN; comp. RJN 1982 p. 20.

entendu ici, s'étend à une activité multiforme dont le produit pourra se combiner avec une irrégularité plus spécifiquement procédurale. Supposons par exemple que, profitant de l'ivresse d'une personne rencontrée dans un bar, nous lui soutirions une signature, au pied d'une reconnaissance de dette. Il ne reste plus alors qu'à introduire action en remboursement d'un pseudo-prêt consenti au malheureux. Dol civil et fraude procédurale se mêlent alors en un ensemble parfaitement harmonieux.

Il se peut enfin que l'incorrection affecte non pas la reconstitution des faits, mais l'indépendance d'esprit de l'autorité saisie du litige. La mauvaise foi trouve, ici également, des moyens variés de s'exprimer, que ce soit par la menace ou la tentation.

C. *Le domaine d'application de l'article 403 ch. 4 CPCN*

Il reste à déterminer jusqu'à quel point le recours en revision permet de sanctionner la violation du devoir de loyauté. Faut-il voir dans l'article 403 CPCN le pendant procédural de l'article 2 CC, c'est-à-dire déclarer annulable tout jugement issu d'un procédé contraire aux règles de la bonne foi? Faut-il admettre plutôt qu'un jugement ne peut être invalidé que si le recourant établit avoir été victime d'une violation qualifiée du principe de la bonne foi? L'enjeu de la question est double. Une conception élargie de la machination frauduleuse donnerait d'abord leur pleine efficacité aux devoirs procéduraux déductibles de l'article 2 CC, et en particulier au devoir de vérité, souvent associé à la notion de *lex imperfecta*. Elle représenterait ensuite un pas vers une uniformisation du recours en revision en droit suisse, que le Tribunal cantonal a appelée de ses vœux dans un arrêt relativement récent⁵⁴⁴. En effet, si l'on admettait que le mensonge, voire même la réticence, constituent une fraude, la revision serait ouverte en cas de découverte d'un fait nouveau ou d'une preuve nouvelle, sous cette seule réserve qu'il appartiendrait au recourant de démontrer que sa partie adverse en avait connaissance lors du procès⁵⁴⁵.

L'expression «machination frauduleuse» incite à une interprétation restrictive de l'article 403 ch. 4 CPCN, tout comme les conditions étroites auxquelles la revision est ouverte selon l'article 403 ch. 1-3 CPCN. Cet argument systématique n'a pas empêché les tribunaux français d'adopter une conception très large du dol personnel, puis de la fraude. Contre

544

RJN 7 I 163.

545

Extraits 1960 p. 121.

l'avis de E. Glasson⁵⁴⁶ et de plusieurs auteurs qui n'entendaient autoriser la requête civile qu'en cas de fraude particulièrement grave⁵⁴⁷, la jurisprudence a admis que le simple mensonge d'une partie pouvait fonder le recours. Il a même été jugé que le silence voulu pouvait constituer un dol négatif consistant à taire ou à dissimuler quelque chose dans l'intention de tromper ou d'entretenir l'erreur⁵⁴⁸. A par exemple été considéré dolosif le voile pudique qu'une épouse avait jeté, dans une procédure de divorce, sur la liaison adultère qu'elle avait entretenue en cours de mariage. L'autorité de recours attendait d'elle des aveux spontanés⁵⁴⁹.

Reste l'argument tiré de la lettre de la loi. S'il est certain que les procédés astucieux par lesquels une partie fabrique une vérité apparente ou attente à l'impartialité du juge méritent la qualification de machination frauduleuse, une certaine prudence est de rigueur en ce qui concerne le mensonge, la réticence ou la dissimulation.

La Cour de justice de Genève définit la machination frauduleuse comme une manœuvre destinée à empêcher la vérité de se faire jour, et elle précise: «le fait, par une partie, de ne pas signaler elle-même un circonstance qui lui est défavorable ne constitue pas une machination frauduleuse»⁵⁵⁰.

La jurisprudence tessinoise s'inscrit dans la même ligne: «non è dolosa l'attività processuale contenuta nei limiti dell'esercizio del proprio diritto, quale la false allegazione, il silenzio su fatti sfavorevoli alla tesi sostenuta, l'intenzionale omissione di addurre prove favorevoli alla controparte»⁵⁵¹. Pour L. Anastasi, le dol processuel sanctionné par la restituzione in intero se limite à l'altération et à la soustraction de moyens de preuve⁵⁵².

Le Tribunal cantonal neuchâtelais estime, lui aussi, que «le silence n'est qu'exceptionnellement constitutif d'une manœuvre frauduleuse au sens de la loi», et qu'«on reconnaît généralement au plaideur le droit de taire des faits qui pourraient être favorables à la partie adverse»⁵⁵³. Dans deux jugements anciens⁵⁵⁴, il a pourtant accordé la revision d'un prononcé

546 Glasson sur Boitard, p. 115 n. 1; dans le même sens, Extraits 1960 p. 121.

547 Boyer, p. 68, et les références.

548 Paris, 5 juin 1946, D. 1946, Jurisprudence, p. 331 n. Lalou; Rouen, 23 octobre 1978, D. 1979, IR, 245-246 n. Huet-Weiler; cf. aussi Toulouse, 6 juillet 1977, Gaz. Pal. 1978, Tables, II, p. 164.

549 Pau, 27 octobre 1953, Gaz. Pal. 1954, Jurisprudence, p. 115ss., D. 1954, Sommaires, p. 24; cf. aussi Nancy, 11 février 1952, D. 1952, Sommaires, p. 64; Dijon, 6 avril 1976, D. 1977, IR, 92; sur l'extension progressive du dol personnel, cf. Boyer, p. 68ss.

550 SJ 1949 p. 355-356; cf. aussi SJ 1984 p. 614.

551 Anastasi, p. 243, citant deux jugements publiés au RGP 1915 p. 37 et 1959 p. 106.

552 Anastasi, p. 243.

553 RJN 7 I 162; dans le même sens, ATF 39 II 175; SJZ 1969 p. 361.

554 ATC VII 70ss., 258ss.

obtenu sur la base d'un mensonge, qui avait conduit le tribunal à prononcer le défaut du défendeur en divorce. Il est vrai qu'un tel mensonge emporte des conséquences très graves pour celui qui en est victime, puisqu'il le prive de la possibilité de présenter sa propre version des faits et d'en prouver la réalité. Proféré à l'occasion d'une instance menée contradictoirement, le mensonge d'une partie n'ôte en revanche pas à la partie adverse la faculté théorique de démontrer la véracité de ses allégations. Cependant, l'application des principes relatifs à la répartition du fardeau de la preuve peut entraîner des conséquences pratiques tout aussi dommageables qu'une exclusion de la procédure. Il n'y a donc pas de raison de distinguer a priori selon l'effet direct ou indirect qu'un mensonge peut avoir sur le dispositif du jugement⁵⁵⁵.

Il faut se rappeler aussi que la teneur de l'article 403 ch. 4 CPCN remonte au siècle passé, soit à une époque où le procès civil était conçu plus comme un duel judiciaire que comme un instrument voué à la réalisation attentive du droit matériel. Il existe donc de bonnes raisons de penser que l'expression «machination frauduleuse» recouvrait, dans l'idée du législateur, l'ensemble des agissements jugés prohibés en procédure. L'évolution des mentalités qui a marqué ce siècle s'est traduite par une moralisation du débat judiciaire et une translation de la limite à partir de laquelle un comportement procédural devient irrégulier.

Il se justifie donc d'interpréter l'article 403 ch. 4 CPCN comme un prolongement du devoir de loyauté en procédure, sans méconnaître que le procès civil reste avant tout une confrontation.

En résumé, constitue une machination frauduleuse tout artifice illécite par lequel une partie viole son devoir de loyauté procédurale, en trompant le juge ou son adversaire pour obtenir un jugement favorable.

La fraude suppose l'intention d'obtenir un avantage indu. L'article 403 ch. 4 CPCN ne laisse donc pas de place à une violation purement objective du principe de la bonne foi, telle que l'envisagent certains auteurs⁵⁵⁶. Les manœuvres dolosives d'un tiers ne sont imputables aux parties principales et accessoires à qui elles profitent que si elles ont été provoquées par elles ou si elles les ont utilisées sciemment. A défaut, on ne saurait affirmer que le jugement a été obtenu par la fraude⁵⁵⁷.

555 Comp. toutefois Extraits 1960 p. 120 i.m.

556 Schwartz, p. 308; H. Merz, in Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Berne, 1962/1966, n. 105, 542 ad art. 2 CC.

557 L'opinion inverse, selon laquelle la fraude spontanée ouvrirait également la voie de la revision, est tout à fait soutenable. Elle a finalement été écartée pour des raisons systématiques (comp. art. 403 ch. 1 i.f. CPCN, d'une part, art. 403 ch. 2 et 3 CPCN, d'autre part, où la revision n'est accordée en raison du fait d'un tiers que si le recourant dispose d'une preuve préalable et qualifiée de ce fait).

La tromperie visée par l'article 403 ch.4 CPCN peut résulter de toute activité illicite, et en particulier de la menace ou de la violence⁵⁵⁸. A fortiori, la commission d'une infraction pénale quelconque ouvre la voie de la revision, si elle est de nature à fausser l'issue du litige.

Le simple mensonge est illicite. Il peut donner lieu à revision s'il est propre à exercer une influence sur le jugement, mais il ne se présume pas. De plus, le recourant devra établir qu'il a satisfait au devoir de diligence qui lui incombait en cours de procédure; une interprétation large de l'article 403 ch.4 CPCN n'équivaut pas à l'attribution d'une prime à la négligence.

Le seul fait de garder le silence sur un fait ou une preuve favorable à la partie adverse n'est en revanche pas assimilable à une machination frauduleuse⁵⁵⁹.

5. *Les ouvertures admises par la jurisprudence*

A. *Le jugement S. c. B.*

Le Tribunal cantonal a jugé en 1978 qu'un jugement homologuant une convention sur les effets accessoires du divorce, passée alors qu'une partie était privée de sa capacité de discernement, était susceptible de revision⁵⁶⁰. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur un ancien arrêt du Tribunal fédéral⁵⁶¹, aux termes duquel une convention sur effets accessoires ratifiée par un jugement entré en force devenait partie intégrante de ce jugement, et qu'elle ne pouvait en conséquence être remise en question que par la voie de la revision. Si l'on voulait aller jusqu'au bout du raisonnement, il faudrait admettre, avec W. Bühler et K. Spühler⁵⁶², que la revision du jugement ratifiant la convention n'est admissible qu'aux conditions fixées par le droit cantonal de procédure applicable. Constatant qu'aucun motif de revision au sens de l'article 403 CPCN n'était réalisé, le Tribunal cantonal en a conclu que le droit de la revision présentait une lacune: «un tel jugement est affecté d'un vice si grave, eu égard aux exigences du droit de fond, qu'il doit pouvoir être révisé, en suppléant les règles qui font défaut dans le Code de procédure civile»⁵⁶³. En adoptant cette position, approuvée par H. Schüpbach⁵⁶⁴, le Tribunal cantonal rejoint en partie le point de vue de R. et

558 Marchetti, p.423ss.

559 De même, Wieczorek. B I a I ad § 580 ZPO.

560 RJN 7 I 157ss.

561 ATF 60 II 82; dans le même sens, ATF 105 II 168-169.

562 N.86 ad art.146 CC; cf. aussi l'arrêt du Tribunal fédéral publié à la PKG 1948 p.45ss., 49 i.f.

563 RJN 7 I 164.

564 Vices, p.95.

D. Kehl⁵⁶⁵, selon lesquels le vice de la volonté⁵⁶⁶ serait érigé, en ce qui concerne les conventions relatives aux effets accessoires du divorce, en ouverture à révision découlant directement du droit fédéral.

Si lacune il y a, elle n'est pas à notre avis où le Tribunal cantonal l'a vue, et il n'était pas nécessaire de rechercher une ingérence du droit privé fédéral dans le droit de procédure cantonal pour arriver au résultat – juste – auquel il est parvenu.

La convention relative aux effets accessoires du divorce n'a pas la même nature selon qu'elle porte sur des points que le juge doit examiner d'office ou sur des droits librement disponibles.

Dans le premier cas, il s'agit d'un double jeu de conclusions concordantes, auxquelles le juge n'est d'ailleurs pas lié⁵⁶⁷. Le jugement qui ratifie la convention est susceptible de révision aux mêmes conditions que tout autre jugement au fond, sous cette réserve que le recourant doit établir son intérêt à recourir en démontrant que son adhésion à la convention résultait d'une volonté viciée⁵⁶⁸.

Dans le deuxième cas, celui dont le Tribunal cantonal avait à connaître, les parties concluent une véritable transaction judiciaire, qui a cette seule particularité d'être soumise à une ratification que le juge accorde ou refuse après un examen superficiel de la convention. La ratification ne peut être refusée que si la convention n'est pas claire, si elle est incomplète, si elle est manifestement inéquitable, illicite, immorale, ou nulle en vertu de l'article 27 al. 2 CC, ou encore s'il est patent qu'un conjoint a utilisé la situation créée par le procès pour arracher un avantage indu à l'autre⁵⁶⁹. Il y a donc artifice à dénier à la convention la qualité de transaction, comme le fait le Tribunal fédéral⁵⁷⁰.

Dans la mesure où elle présente des vices occultes non décelables au moyen d'un examen superficiel, la convention doit être rescindée comme le serait une transaction⁵⁷¹, car elle est une transaction. Le délai pendant lequel elle peut être invalidée est déterminé par le droit civil. Pour des raisons

565 N° 828.

566 Si l'on se place dans l'optique de ces auteurs, le droit fédéral ne devrait pas se limiter à imposer la révision en cas de vice de la volonté, comme le démontre le jugement dont il est question dans le texte.

567 Hinderling, p. 185; Stachelin, *Anfechtung*, p. 286; Bühler/Spühler, n. 194 ad art. 158 CC.

568 Rust, p. 156–157; Sträuli/Messmer, n. 9 ad § 293 ZPO.

569 ATF 99 II 362; 93 II 158; 81 II 592; 67 II 8; 60 II 171.

570 ATF 105 II 168–169; 95 II 387; 60 II 82; dans le même sens qu'ici: Stachelin, *Anfechtung*, p. 296; Rust, p. 159; Pfirter, p. 61; BJM 1974 p. 53–55.

571 Stachelin, *Anfechtung*, p. 297 i. i., 298.

d'opportunité, il se justifie toutefois de soumettre l'action en invalidation à la procédure de revision⁵⁷², afin d'éviter qu'une même convention doive faire l'objet de deux procès distincts⁵⁷³. Telle serait en effet la marche à suivre correcte, dans l'hypothèse où une convention portant à la fois sur des droits disponibles et indisponibles serait venue à chef sous l'effet d'une machination frauduleuse. Le recours en revision fournit, au surplus, un for idéal, puisqu'il permet, en tant que voie de rétractation, la reprise du procès clos prématurément⁵⁷⁴.

Quant au vice patent qui pourrait affecter la convention ratifiée, en tant qu'elle porte sur des droits disponibles, les avis sont également partagés. Pour B. Rust⁵⁷⁵, la revision n'entre pas en considération, car la ratification survenue dans ces conditions est fautive; elle doit donc être attaquée par l'intermédiaire des voies de recours ordinaires. A. Staehelin⁵⁷⁶ estime au contraire que la ratification peut faire l'objet d'un recours en revision. Comme on l'a vu plus haut⁵⁷⁷, la possibilité d'interjeter un recours ordinaire ou extraordinaire est sans influence sur la recevabilité du recours en revision. Le fait que le jugement de ratification révèle une faute patente du juge n'exclut pas qu'il soit entaché, également, d'un vice occulte, tel qu'une entente déloyale entre le juge et la partie à qui la ratification profite. La revision est donc admissible en principe, mais elle n'est pas ouverte du seul fait que la convention ratifiée est nulle, contraire aux mœurs ou lésionnaire. Il n'y a pas de raison de s'écarter sur ce point des règles valables pour tout jugement.

En résumé, une convention relative aux effets accessoires peut être invalidée judiciairement pour être inefficace au regard du droit civil, dans toute la mesure où le vice qui l'affecte n'est pas décelable au moyen de l'examen superficiel auquel doit se livrer le juge. Au surplus, la convention est assimilable à un jugement et elle est susceptible de revision aux mêmes conditions que tout autre jugement.

572 «In Tat und Wahrheit wird (...) nicht die Scheidungskonvention als Bestandteil des Urteils wie ein solches revidiert, sondern ihre Anfechtung nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zugelassen, wobei lediglich formell das Revisionsverfahren beobachtet wird.» BJM 1974 p. 56.

573 Cf. supra, p. 166; contra, apparemment, sur l'opportunité de soumettre l'ensemble de la convention à une procédure d'invalidation unique. Staehelin, *Anfechtung*, p. 296; Pfirter, p. 61 n. 98, tous deux implicitement.

574 C'est d'ailleurs à juste titre que A. Staehelin soumet l'action en invalidation de la convention au for du litige originaire (p. 298); cf. supra, p. 166.

575 P. 160.

576 P. 294.

577 Cf. supra, p. 119ss.

Le Tribunal cantonal semble, il est vrai, avoir voulu donner une portée plus générale au principe de revisibilité qu'il a déduit du droit de fond, car il n'a pas jugé utile de procéder à une distinction tirée de la nature réelle de la convention. Cela devrait logiquement le conduire à une très large extension du droit de recours, puisque le jugement – tout jugement – issu d'un acte de procédure entaché, notamment, d'une erreur essentielle, devrait pouvoir être rescindé par voie de revision⁵⁷⁸. On peut juger ce développement utile, mais il est erroné à notre avis de le tirer du droit fédéral⁵⁷⁹.

B. Le cas de la cassation par voie de conséquence

On peut également considérer comme ouverture à revision jurisprudentielle l'existence d'un motif de revision pénal, lorsqu'une personne condamnée pénalement a été également partie à l'instance civile jointe au procès pénal. La découverte d'un fait nouveau ou d'une preuve nouvelle lui permet d'obtenir la revision de sa condamnation et, par voie de conséquence, la cassation du jugement civil⁵⁸⁰. Il ne s'agit pas du seul cas de cassation par voie de conséquence⁵⁸¹, mais c'est à notre connaissance la seule hypothèse dans laquelle un jugement civil rendu par un tribunal neuchâtelois peut être anéanti en application du droit cantonal, pour un motif de revision typique non mentionné à l'article 403 CPCN.

3. L'instance en revision

1. La structure de l'instance

Le processus de revision, pris dans sa globalité, comporte trois phases. Dans un premier temps, le tribunal examine si les conditions de recevabilité du recours sont réunies. Dans l'affirmative, il vérifie si la cause de revision invoquée est réalisée. Si tel est le cas, il juge à nouveau la contestation de départ. Les deux premières opérations se rattachent à la phase du rescindant. La troisième constitue le rescisoire. On a vu plus haut⁵⁸² que le découpage de l'instance variait d'un système à l'autre. Il s'agit maintenant d'esquisser le modèle applicable au droit neuchâtelois de la revision.

578 Dans ce sens, Schlüpbach, *vices*, p.94.

579 Cf. *infra*, p.316ss.

580 CCC VI 174.

581 Cf. *supra*, p.182.

582 Cf. *supra*, p.77ss.

L'article 410 CPCN autorise le tribunal à fondre le rescindant et le rescisoire ou à les distinguer, selon la nature de l'affaire. Si la réunion peut parfois se justifier en pratique, lorsque la procédure de revision n'apporte aucune nouveauté autre que les éléments matérialisant l'ouverture elle-même, une étude théorique se doit de dissocier clairement les stades successifs du raisonnement.

L'ouverture est réalisée lorsque la cause invoquée par le recourant était propre à fausser le jugement attaqué. Cette circonstance rend le recours bien fondé. Elle appelle l'annulation de tout ou partie de la décision entreprise. L'annulation ne préjuge pas l'issue finale de la contestation, et le jugement rescisoire pourra fort bien reprendre les dispositions du jugement attaqué. On s'aperçoit donc que la revision du droit neuchâtelois est une illustration de l'option que nous avons appelée cassatoire. La revision sanctionne un risque d'erreur, non une erreur démontrée.

Si l'on considère les choses de façon analytique, on peut affirmer que la procédure de recours proprement dite prend fin avec le prononcé du jugement rescindant. Cependant, l'annulation du jugement n'est pas une fin en soi. Elle ne tend qu'à permettre un nouveau débat au fond. La possible fusion du rescisoire et du rescindant, d'une part, les problèmes procéduraux spécifiques à la revision, qui se posent en cas de dissociation des deux phases, d'autre part, rendent nécessaire une extension de la présente étude au rescisoire. La revision n'est compréhensible que si l'on examine le processus dans son entier.

En principe, le rescindant et le rescisoire se succèdent, sans que le recourant soit appelé à former une action en modification du jugement distincte du recours⁵⁸³. Cela signifie qu'il doit conclure au fond dans l'acte de recours lui-même. La jurisprudence est assez souple sur ce point, on l'a vu, et l'on peut admettre que, faute d'avoir pris des conclusions au fond dans son mémoire de recours, le recourant est réputé renouveler celles qu'il avait articulées dans sa demande ou sa réponse originaire⁵⁸⁴. Selon les circonstances, les conclusions prises à l'origine pourront se révéler inutiles en raison d'une modification survenue depuis le prononcé du jugement déferé. Il en est ainsi dans les hypothèses envisagées par l'article 161 CPCN: si, lorsque la chose litigieuse vient à être aliénée en cours d'instance, le demandeur peut convertir sa demande contre l'aliénateur en une demande en paiement de dommages-intérêts, on voit mal pour quelle raison cette faculté devrait

583 Comp. § 292 i.f. UR.

584 Cf. *supra*, p. 206.

lui être refusée au motif qu'il agit en revision. Le recours en revision est donc le siège de conclusions tendant à l'annulation du jugement attaqué, mais aussi, implicitement ou expressément, de conclusions relatives au fond de la contestation. L'acte de recours assume ainsi une double fonction. Double est aussi l'objet du procès en revision considéré dans son ensemble. C'est donc la *Zweistreitgegenstandslehre*⁵⁸⁵ qui serre au plus près la nature du recours prévu aux articles 403 ss. CPCN. En effet, si la demande avait pour seul objet une prétention en annulation du jugement attaqué, il ne serait pas possible d'expliquer l'autorité attachée au jugement rescisoire. La procédure prendrait fin par la cassation de la décision déférée, et le tribunal ne saurait statuer sur les conclusions anciennes et nouvelles prises au fond⁵⁸⁶. Inversément, si le procès en revision consistait exclusivement en un renouvellement de la contestation originaire, il faudrait admettre, notamment, que le jugement rescindant écartant le recours porte sur le fond de la cause, alors que ledit jugement se borne à constater qu'il n'y a pas lieu à un nouveau débat au fond⁵⁸⁷.

Il ne suffit pas d'observer que la demande en revision a un double objet en procédure neuchâteloise; il faut encore déterminer les relations de ces deux actions entre elles. Alors que la doctrine allemande a élaboré sur ce thème des théories d'une savante abstraction⁵⁸⁸, les auteurs de notre pays ne lui prêtent qu'une attention relâchée. La question n'est pas sans intérêt pratique. Nous ne prendrons que quelques exemples.

Si l'on estime que le recours saisit l'autorité des deux prétentions simultanément, la protection provisoire du jugement attaqué est assurée par l'exception de litispendance. Dans l'hypothèse inverse, soit si l'annulation du jugement attaqué est une condition préalable à la renaissance du litige originaire, elle le sera par l'exception de chose jugée. Or ces deux exceptions ne sont pas protégées aux mêmes conditions⁵⁸⁹.

L'étendue admissible des mesures provisoires est fonction de la contestation à laquelle elles se rapportent. Certaines ne peuvent être ordonnées qu'une fois l'instance pendante⁵⁹⁰, d'où l'importance d'une correcte définition de l'objet du litige.

585 Cf. *supra*, p. 76-77.

586 Behre, p. 29-30.

587 Gilles, *Rechtsmittel*, p. 110-111 n. 302 i. f.

588 Voir les thèses et articles de Behre, Gilles, Schiedermaier, Bettermann, cités dans la bibliographie.

589 ATF 105 II 233, dans lequel le Tribunal fédéral ne désavoue pas sa pratique antérieure.

590 Cf. par exemple l'art. 145 CC.

La prescription est interrompue lorsque le créancier «fait valoir ses droits (...) par une action»⁵⁹¹. La question de l'interruption ne se pose pas dans les mêmes termes selon que le recours rétablit immédiatement la litispendance qui concerne la contestation originaire ou non.

Une voie de recours peut être ouverte ou fermée selon la nature du droit sur lequel le juge a statué.

Seules deux possibilités entrent pratiquement en considération:

1) la demande en revision emporte litispendance pour la prétention en annulation totale ou partielle du jugement attaqué et rétablit par la même occasion l'actualité de la contestation originaire⁵⁹²;

2) bien que virtuellement réouvert par le recours, le procès ne l'est qu'à condition que le jugement soit annulé, et dans la mesure où il le sera effectivement par le jugement rescindant.

Adopter la première proposition reviendrait à affirmer que le rejet du recours est une décision portant sur le fond ou, autrement exprimé, que la demande en revision produit un effet dévolutif identique à celui d'une déclaration d'appel. Or la doctrine est unanime à considérer la revision comme un recours extraordinaire⁵⁹³. Si l'on se rappelle d'autre part que l'objet du litige est défini par les conclusions de la demande et les faits allégués à l'appui de celles-ci, il faudrait admettre que le recours incorpore implicitement les allégations contenues dans les exploits de demande et de réponse originaires. A défaut, le recours ne satisferait pas à sa fonction d'individualisation du litige. Certains auteurs allemands ne reculent pas devant ce raisonnement⁵⁹⁴, qui n'est d'ailleurs pas insoutenable. Il ne résiste pourtant pas à la critique en droit neuchâtelois. Si le législateur, tout en admettant la possibilité d'un jugement unique, a précisé qu'il appartenait au tribunal d'annuler le jugement attaqué en tout ou partie avant de prononcer sur le fond, c'est bien qu'il jugeait cette opération préliminaire indispensable⁵⁹⁵. Or elle ne le serait pas s'il y avait litispendance sur le fond dès l'introduction du recours. Plus exactement, elle serait superflue parce que totalement inutile. Relevons par ailleurs que si le législateur avait opté pour une double litispendance, il aurait pu s'épargner la distinction qu'il opère à l'article 412 CPCN entre le jugement qui a statué sur la demande en revision et le jugement qui a statué à nouveau sur le fond de la contestation.

591 Art. 135 ch. 2 CO.

592 Dans ce sens, HP. Marti, p. 75 i.i.

593 Cf. supra, p. 61 ss.

594 Behre, p. 86; Berrermann, p. 413, implicitement.

595 Comp. art. 387 CPCN.

La loi envisage d'autre part la possibilité d'une annulation partielle. Or, supposé que la litispendance s'étende à l'objet du litige originaire et que le tribunal décide de n'annuler le jugement qu'en partie, il devrait statuer à nouveau sur les points du dispositif non touchés par la décision d'annulation, à peine de commettre un déni de justice. S'il y a annulation partielle, c'est parce que la fraction du dispositif maintenue n'est pas remise en discussion. Les points litigieux qu'elle tranche – à tout le moins – ne sont pas touchés par la litispendance et, s'ils ne le sont pas, c'est parce qu'il n'y a pas litispendance en ce qui les concerne. De même, lorsque l'autorité rejette le recours, elle ne statue que sur la prétention en annulation du jugement, tirée de l'ouverture invoquée, et non pas sur le fond. Seule la décision d'annulation est apte à rétablir la litispendance à laquelle le jugement entrepris a mis un terme⁵⁹⁶.

En résumé, l'introduction du recours n'emporte litispendance qu'en ce qui concerne l'action en annulation du jugement. Bien que l'acte de recours puisse contenir certains éléments contribuant à l'individualisation de la contestation de fond, la prétention originaire n'est déduite en justice que de façon latente. L'instance ne s'actualise, en ce qui les concerne, que par l'anéantissement total ou partiel du dispositif. Le recours en revision est un cas de cumul d'actions subsidiaire improprement dit, au sens où l'entend J. M. Rapp⁵⁹⁷, en ce sens que les conclusions subsidiaires, au fond, sont présentées pour l'éventualité de l'admission des conclusions principales.

Qu'en est-il des prétentions additionnelles que le recourant pourrait être tenté d'invoquer par l'intermédiaire du recours? Le Code de procédure n'en touche mot, au chapitre consacré à la revision. Comme on l'a vu dans la partie générale, les opinions sont partagées quant à la possibilité d'élargir le litige originaire en instance de revision. D'après la jurisprudence genevoise, les conclusions que prend le demandeur en revision ne peuvent être prises en considération que pour autant qu'elles coïncident avec celles qu'il avait prises initialement⁵⁹⁸. B. Rust⁵⁹⁹ et H. P. Marti⁶⁰⁰ considèrent au contraire que le recourant est libre de lier à son recours des demandes indé-

596 Gilles, *Systematik* 1, p. 469 ss.; Schiedermaier, p. 355–356; Jauernig, *Zivilurteil*, p. 132–133, et le renvoi (p. 102).
 597 P. 45, *Comp. Jauernig, ZPR*, p. 299.
 598 SJ 1954 p. 631; 1984 p. 614–615.
 599 P. 178.
 600 P. 76, 80 ss.

pendantes de celle(s) qui avai(en)t été formée(s) à l'origine. Les travaux de ces deux auteurs se rapportent toutefois à des droits de procédure – zuricois et bernois – qui ne connaissent pas le principe d'immutabilité, et qui tolèrent qu'une modification de l'objet du litige survienne en cours d'instance, ce qui est exclu en principe en droit neuchâtelois. Il faut d'abord se demander si la loi tolère le cumul objectif d'actions.

Pour M. Guldener, l'article 42 CPCN autorise le demandeur à joindre plusieurs actions en une seule demande⁶⁰¹. Cette disposition s'inscrit à vrai dire dans une section consacrée au cumul subjectif (des consorts, de la division et de la jonction de cause), mais il serait curieux qu'une personne puisse en actionner plusieurs autres par un même acte, sans avoir la possibilité de grouper plusieurs actions contre le même défendeur. Cela serait d'autant plus étonnant que le même résultat peut être obtenu en cours d'instance par le biais de la réforme, dont on a vu qu'elle pouvait être utilisée aux fins de modifier l'objet du litige.

Le cumul suppose encore que les demandes soient fondées sur «des faits et des moyens de droit analogues», ou que «leur objet soit de la même nature», comme il est dit à l'article 37 CPCN. Plus simplement, il faut qu'il y ait connexité entre les causes, comme le suggère l'article 42 CPCN. D'après la jurisprudence, la connexité n'est pas acquise aux mêmes conditions selon qu'elle conditionne la jonction de cause, la reconvention ou l'exception de connexité⁶⁰². En ce qui concerne la jonction de causes, la connexité est prise dans un sens large. Il n'est pas nécessaire que le sort d'une action soit de nature à influencer la décision de l'autre⁶⁰³. La parenté de fait entre la demande originaire et les prétentions que le recourant tirerait, en particulier, du dommage que lui aurait causé l'intimé par son comportement illicite ou de l'enrichissement illégitime dont il aurait bénéficié grâce au jugement fautif, ne paraît pas douteuse. Une instruction et un jugement communs sont donc possibles en principe, pour autant qu'il n'en résulte pas des complications et des retards préjudiciables à la clarté de la procédure de revision⁶⁰⁴.

Le cumul se heurte encore à un obstacle lié au principe d'immutabilité, en vertu duquel une demande en justice doit être examinée au regard de la situation existant lors de l'introduction de l'instance. Or, le recours étant dirigé dans la règle contre un jugement entré en force, la demande ad-

601 P. 215 n. 5.

602 Cf. RJN 1982 p. 65; 6 I 207; 4 I 165; 3 I 139 ss.

603 RJN 6 I 207; 1 I 10.

604 Cf. RJN 4 I 166.

ditionnelle devrait invariablement être rejetée pour se heurter à l'effet préjudiciel de la chose jugée. La difficulté peut être tournée, il est vrai, de deux manières.

Le raisonnement le plus simple consiste à étendre les exceptions au principe d'immutabilité consacrées par la loi et la jurisprudence⁶⁰⁵ à l'hypothèse qui nous occupe. Le tribunal serait ainsi admis à prendre en considération une circonstance essentielle – l'annulation du jugement – survenue en cours d'instance⁶⁰⁶.

Il est aussi possible de soutenir que la demande additionnelle est en relation de subsidiarité imparfaite par rapport au recours et qu'il n'y a litispendance, en ce qui la concerne, que si le jugement attaqué est cassé, et à partir du moment où il l'est. La doctrine n'est pas favorable à cette projection de la litispendance dans l'avenir⁶⁰⁷. On peut effectivement hésiter à raisonner, en ce qui concerne la prétention additionnelle, comme il convient de le faire à propos du litige sur lequel le tribunal avait déjà statué. Le recours en revision tend à la renaissance d'un procès terminé, entaché d'un vice, et à la terminaison régulière de celui-ci. C'est là sa spécificité, qui explique le régime particulier de la litispendance en instance de revision. Les prétentions connexes, même nées du vice prétendu, ne sont pas déduites en justice par l'action même que le jugement attaqué a épuisée, ce qui rend douteuse la légitimité du mécanisme suggéré.

On s'aperçoit que l'admissibilité, et surtout le succès d'une demande additionnelle couplée au recours, ne peuvent être envisagés sans artifice en droit neuchâtelois. L'opportunité d'une jonction est d'ailleurs loin d'être démontrée, car le rejet du recours entraînerait presque à coup sûr celui de la demande connexe, avec les conséquences que cela implique quant aux frais et dépens. Supposé d'ailleurs que le procédé soit acceptable en principe, le plaideur audacieux qui entendrait en faire usage ne serait pas au bout de ses peines. Il lui appartiendrait encore de rechercher si des règles impératives de compétence *ratione loci*, *ratione materiae* ou encore des principes découlant du type de procédure applicable au procès en revision⁶⁰⁸ ne s'opposent pas au cumul. Il n'est pas possible d'entrer ici dans cette problématique extrêmement complexe, qui a récemment fait l'objet de la thèse remarquable et touffue de J. M. Rapp.

605 Cf. *supra*, p. 109–110.

606 S'agissant d'une action en responsabilité, ce point de vue trouverait des appuis dans la doctrine, cf. p. 105 n. 439 *supra*.

607 Habscheid, DJP, p. 273; Guldener, ZPR, p. 214 n. 3; Rapp, p. 43, et les références.

608 Cf. par exemple RJN I 1 100.

Les développements qui suivent se limiteront donc à l'instance en revision épurée des litiges connexes qui pourraient s'y greffer dès le rescindant.

II. Le rescindant

1. L'objet du litige

La doctrine est partagée, quant à l'individualisation de la demande en revision. On rencontre en République fédérale allemande l'opposition classique déjà évoquée à propos de l'autorité de la chose jugée. Certains considèrent que l'action est individualisée par les seules conclusions en annulation (*eingliedriger Streitgegenstand*)⁶⁰⁹; d'autres estiment qu'il faut se référer aussi à l'ouverture invoquée par le recourant (*zweigliedriger Streitgegenstand*)⁶¹⁰. La question n'a qu'une portée pratique limitée en droit neuchâtelois: les nova ne sont pas admissibles en principe en cours d'instance, qu'ils modifient ou non la cause de la demande. Lorsque la réforme est tolérée, elle l'est sans égard à ce critère. L'article 412 CPCN exclut par ailleurs deux recours successifs contre le même jugement, que les demandes ultérieures soient identiques ou non au recours exercé primitivement. L'individualisation du recours n'a d'importance concrète qu'en ce qui concerne le sort d'une demande en revision déposée alors qu'un autre recours en revision serait déjà pendant.

Si l'objet du litige est entendu largement – le recours est une demande individualisée par ses seules conclusions – un nouveau recours en revision se heurtera à l'exception de litispendance⁶¹¹. Il ne pourra donc être exercé, théoriquement, qu'une fois la procédure en cours terminée. Or l'article 412 CPCN exclut qu'un jugement attaqué par voie de revision le soit à nouveau par la même partie.

Si, à l'inverse, l'objet du litige est défini étroitement, par référence aux faits que le recourant allègue, rien ne s'oppose à ce que le tribunal ordonne une jonction de cause, la condition de connexité que présuppose la jonction étant indiscutablement réalisée dans l'hypothèse qui nous intéresse. On peut certes se demander si l'article 412 CPCN tolère qu'il soit statué sur plusieurs recours formés par la même partie. Il faut se rappeler à ce propos que cette disposition tend à éviter qu'un même procès rebondisse plusieurs

609 Cf. Gilles, *Systematik I*, p. 470–471; *Rechtsmittel*, p. 112.

610 Voir Behre, p. 11 ss., et les références.

611 Sic Anastasi, p. 67, à la hauteur de la n. 68.

fois successivement. L'article 412 CPCN préserve la sécurité juridique, et c'est là sa seule justification. Puisqu'il ne tient qu'au tribunal de se prononcer sur plusieurs demandes par un seul jugement qui, en cas de rejet, rendra l'acte attaqué irrévocable à l'égard du recourant, la jonction ne menace nullement la sécurité juridique.

Il n'existe aucune raison sérieuse de s'écarter, en ce qui concerne la demande en révision, du principe d'individualisation général auquel nous avons accordé notre préférence: l'objet du litige est individualisé par les conclusions de la demande et par les allégations sur lesquelles elles se fondent. Il ne suffit pas, pour rompre l'identité entre deux recours, que le demandeur se borne à compléter les allégués contenus dans son premier mémoire ou qu'il modifie la qualification juridique des mêmes faits. Il faut que les faits allégués à l'appui du nouveau recours soient propres à fonder les conclusions de manière indépendante. La subornation de témoin est une machination frauduleuse, qui ne se confond pas avec l'ouverture tirée de la commission d'un faux témoignage. En revanche, il n'y a pas rupture d'identité si le recourant invoque d'abord la reconnaissance de faux puis, se heurtant à des difficultés de preuve, tente de se rabattre sur la machination frauduleuse.

En conclusion, l'article 412 CPCN n'interdit pas l'interjection successive de plusieurs demandes distinctes, aussi longtemps qu'une décision rejetant l'un des recours n'est pas entrée en force.

2. *L'introduction de la demande et ses effets*

Dès qu'il réunit les conditions formelles nécessaires à l'accomplissement de sa fonction élémentaire, l'acte de recours donne naissance à un nouveau rapport d'instance. S'il est difficile de tracer la limite à partir de laquelle une manifestation de la volonté de recourir crée une «obligation fonctionnelle de réponse»⁶¹², il n'est certainement pas nécessaire que l'acte de recours réunisse toutes les conditions nécessaires à l'entrée en matière. L'invalidation d'une instance irrégulière résulte d'une décision du juge, qui suppose elle-même la création d'un rapport d'instance⁶¹³. Dire qu'une instance existe, ce n'est pas dire qu'elle est valable, et le tribunal n'est pas dispensé de statuer du fait que le recours aurait créé une instance viciée⁶¹⁴. A notre avis, l'autorité de recours a l'obligation de réagir dès que l'acte de re-

612 Schüpbach, cassation, p. 198.

613 Bonnard, p. 159.

614 Dans le même sens, Sträuli/Messmer, n. 14 ad § 108 ZPO; Guldener, ZPR, p. 259 n. 4; contra, apparemment, Schüpbach, cassation, p. 198.

cours existe – c'est-à-dire est communiqué au tribunal – et est reconnaissable en tant qu'acte destiné à déclencher le processus de revision. Il faut pour cela que l'auteur du recours et le jugement attaqué soient déterminables, et que le recourant manifeste sa volonté de manière compréhensible.

Si l'on s'en tient au strict point de vue de la création du rapport d'instance, il n'y a pas lieu de distinguer selon la procédure applicable aux termes des articles 407 et 408 CPCN. Les opérations consécutives à l'introduction du recours, et notamment l'invalidation de l'instance, relèvent de la procédure de revision proprement dite.

Le droit neuchâtelois ne connaît pas la demande en revision incidente⁶¹⁵, c'est-à-dire dirigée contre un jugement produit dans un procès ultérieur. Il ne prévoit pas non plus la possibilité d'un recours joint, quasi impensable en pratique. Théoriquement, l'exercice d'une pression psychologique comparable à celle que crée le dépôt d'un recours joint n'est pas exclu, dans la mesure où l'intimé peut s'engager à retirer son propre recours, interjeté sous la forme d'un recours indépendant ou d'une demande reconventionnelle, si le premier recourant en fait autant⁶¹⁶. L'autre caractéristique principale du recours joint, soit la prorogation du délai de recours, est en revanche inconcevable en matière de revision.

Le recours ne produit pas d'effet dévolutif. La demande n'est pas portée devant une autorité supérieure, hiérarchiquement, à celle dont émane le jugement déféré. Elle ne transfère pas non plus le fond de la cause au juge du recours. Seule la décision déclarant le recours bien fondé pourra entraîner cette conséquence. La dévolution n'a, jusqu'à ce moment, qu'un caractère purement virtuel et conditionnel.

L'introduction de la demande ne suspend pas l'exécution du jugement attaqué, qui entre ou reste en force selon les règles ordinaires. Si les circonstances l'exigent, le juge saisi peut toutefois surseoir à l'exécution du jugement. L'interjection du recours peut aussi avoir pour conséquence indirecte la suspension d'un procès dans lequel le jugement déféré aurait été produit, si le tribunal saisi de la nouvelle demande juge cette mesure opportune au regard du lien de connexité qui unit les deux affaires.

615 Comp. art. 598 nCPCF. Pour l'hypothèse où le motif de revision se révélerait en cours d'instance d'appel, cf. supra, p. 119; comp. art. 280 GR.

616 Comp. R.J.N § 1 15; il est vrai que la règle consacrée par l'art. 378 al. 3 CPCN («de pourvoi par voie de jonction tombe par le fait que l'autre partie retire son appel [...]») n'est pas reconnue partout (cf. par exemple l'art. 345 al. 2 GE).

Il en va de même en pratique lorsque l'acte attaqué par voie de revision fait également l'objet d'un pourvoi en cassation ou d'un recours de droit public. En revanche, la procédure de recours en réforme ou en nullité introduite parallèlement au recours en revision doit être suspendue, en vertu de la loi⁶¹⁷, jusqu'à droit connu sur celui-ci.

Le dépôt du recours est-il interruptif de prescription? En d'autres termes, faut-il admettre qu'en interjetant une demande tendant à l'annulation du jugement attaqué, le recourant «fait valoir ses droits par (...) une action», au sens de l'article 135 al. 2 CO? L'hypothèse de départ est donc la suivante: A déduit en justice un droit prescriptible contre B. Le jugement le déboute. Ultérieurement, A découvre un motif de revision et exerce son droit de recours. Aux termes de l'article 138 CO, la prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception recommence à courir, durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des parties et de chaque ordonnance ou décision du juge. Le jugement lui-même, ainsi que sa communication, sont interruptifs de prescription⁶¹⁸. Cependant, dans la mesure où le jugement ne constate pas l'existence de la créance, le délai auquel il donne naissance n'est pas celui de 10 ans prévu par l'article 137 al. 2 CO, mais bien un délai identique à celui qui était en cours. Une fois débouté, le demandeur a certes la possibilité théorique de renouveler sa demande ou d'introduire des poursuites, mais une telle démarche est vouée à l'échec. C'est pourquoi K. Spiro estime qu'il lui est impossible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse, ce qui entraîne une suspension de la prescription en vertu de l'article 134 ch. 6 CO⁶¹⁹. Le même auteur considère, justement à notre avis, qu'elle recommence à courir à partir du moment où le créancier est en mesure de solliciter la revision du jugement⁶²⁰, autrement dit, en pratique, dès l'initium du délai de recours. K. Spiro s'exprime en revanche de manière équivoque sur l'effet interruptif de l'interjection du recours: «es muss dies selbst gelten (l'absence d'effet interruptif) wenn die geforderten Handlungen oder Begehren zur Verwirklichung der Forderung notwendig sind (...) sei es, dass die Rechtsordnung selbst vorbereitende

617 Art. 57, 74 OJF.

618 Spiro, p. 379; H. Becker, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2^e éd., Berne 1941/1945, n. 3 ad art. 138 CO; SJZ 1956 p. 45–46.

619 Spiro, p. 175 n. 5, 378; comp. ATF 75 II 235, relatif à une suspension de la procédure: «jusque là, une requête en reprise de la cause serait inévitablement rejetée comme mal fondée, voire téméraire, et il n'y aurait pas non plus de sens à exercer des poursuites alors que le droit est déjà déduit en justice».

620 Loc. cit. supra, n. 619.

Schritte: (...) Revision eines früheren Urteils (...), verlangt»⁶²¹. Il précise toutefois: «anderes selbstverständlich, wenn das Begehren mit der Klage verbunden wird oder als Klage betrachtet werden kann»⁶²², ce qui est précisément le cas du recours en révision. A notre avis, l'introduction de la demande satisfait aux réquisits de l'article 135 al. 2 CO, en ce qui concerne le droit dont l'existence a été niée par le jugement attaqué. La jurisprudence entend en effet largement la notion (de droit fédéral) d'ouverture de l'action, en y incorporant les actes préparatoires par lesquels le demandeur invoque pour la première fois la protection du juge, dans une forme déterminée⁶²³. Au surplus, l'article 135 CO prend en considération l'acte de procédure du créancier, et non pas la date à laquelle la litispendance a été créée. En reprenant ses conclusions initiales, le créancier manifeste de manière on ne peut plus claire sa volonté d'obtenir la protection du juge, et ce par un acte de procédure destiné et apte à entraîner la renaissance de l'instance. Le fait que le recours doit être dirigé contre le débiteur prétendu lève les dernières hésitations que l'on pourrait avoir à l'assimiler à l'ouverture d'une action.

Le recours est interruptif s'il crée une instance valable. L'article 139 CO ne s'applique qu'en cas d'irrégularité⁶²⁴ de l'instance. Selon la doctrine, il n'y a ni interruption, ni délai de grâce au sens de l'article 139 CO, si la demande est écartée pour défaut de qualité pour défendre⁶²⁵.

Qu'en est-il des créances distinctes de celle qui a fait l'objet du jugement attaqué? Nous pensons ici aux prétentions nées du déroulement du procès et fondées sur le caractère fautif du jugement. Dans la mesure où l'autorité de la chose jugée fait obstacle au succès d'une demande en justice les concernant, il paraît logique de retenir, dans cette hypothèse également, une suspension de la prescription, à compter de l'entrée en force du jugement, et jusqu'à l'annulation de celui-ci. Certes, l'action en dommages-intérêts ou fondée sur l'enrichissement illégitime se distingue de l'action exercée primitivement, par le fait qu'elle n'a pas été épuisée par le jugement attaqué,

621 Spiro, p. 294-295.

622 Spiro, p. 295 n. 16.

623 ATF 101 II 79.

624 Contre l'avis de C. Rathgeb (in *Recueil de travaux publiés à l'occasion du cinquantième de l'Ecole des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne*, 1961, p. 166), pour qui l'art. 139 CO ne s'applique qu'en cas d'irrégularité originelle de l'instance, le Tribunal fédéral estime que cette disposition est également applicable lorsqu'un plaideur introduit régulièrement son action avant l'échéance du délai de prescription, puis commet une informalité dans une phase ultérieure de l'instance, à condition qu'il procède, fût-ce irrégulièrement (ATF 93 II 370).

625 H. Becker, op.cit. à la n. 618 supra, n. 2 ad art. 139 CO; Spiro, p. 321. Ce principe ne s'applique pas à notre avis lorsque le recourant intime par erreur un codébiteur solidaire de la personne qui a qualité pour défendre (cf. art. 136 CO).

mais l'issue d'un procès prématuré n'en serait pas moins certaine. L'analogie entre les deux hypothèses (le renouvellement du procès, d'une part, la déduction en justice d'une créance nouvelle, d'autre part) est d'autant plus frappante qu'en droit neuchâtelois, la chose jugée n'est pas prise en considération d'office, l'exception de chose jugée étant assimilée au surplus à un moyen de fond⁶²⁶. Il semble toutefois que K. Spiro – le seul auteur à notre connaissance qui ait abordé la question – ne partage pas ce point de vue, si l'on se réfère au passage reproduit ci-dessus⁶²⁷. Dans tous les cas, le recourant serait bien inspiré, par mesure de prudence, d'introduire des poursuites, pour l'hypothèse où l'article 134 ch. 6 CO serait jugé inapplicable: la seule interjection du recours n'interrompt pas la prescription qui court à l'égard d'une créance née de circonstances étrangères à la cause de la demande originaire.

3. *L'instruction et les débats*

A. *Principes de procédure communs*

Si la création de l'instance engendre un devoir de réaction de la part du tribunal, la nature de cette réaction varie en fonction de divers critères. On se rappelle qu'aux termes des articles 407 et 408 CPCN, la *procédure de revision* obéit aux règles applicables à l'instance principale dont est issu l'acte attaqué, sous réserve des demandes portées devant le Tribunal cantonal, qui «sont introduites, instruites et jugées, en la même forme que le recours en cassation». Or les diverses obligations et incombances qui pèsent sur le tribunal (instruire, juger) et sur les parties (alléguer, comparaître, prouver, plaider, éventuellement recourir), se succèdent selon une démarche, dans des formes et des délais propres à chaque type de procédure. La procédure sommaire, sur requête, n'évolue pas de la même manière que l'instance ordinaire engagée par exploit. La procédure introduite par le pourvoi en cassation n'a que de lointaines analogies avec la procédure orale.

La procédure applicable devant les tribunaux inférieurs convient au procès en revision. Les dispositions générales de la loi fournissent un cadre riche de nuances, permettant au juge d'adapter le cours de l'instance

626 En vertu d'une conception de la chose jugée que la doctrine juge dépassée, mais que le Tribunal fédéral n'a pas encore déclarée contraire au droit fédéral.

627 Cf. supra, p. 263–264.

aux incidents qui peuvent en émailler l'évolution. Le renvoi aux règles ordinaires est sage, car la demande en révision, contrairement aux autres voies de recours, pose avant tout des questions de fait et de preuve. Elle s'apparente en cela à une demande ordinaire. Si l'on rencontre des variations d'un type de procédure à l'autre (en procédure orale, par exemple, l'allégation de faits nouveaux est possible jusqu'à la clôture des preuves sans qu'il soit nécessaire de se réformer), ces disparités n'ont qu'un caractère formel. Voulu par le législateur cantonal, voire imposées par le droit fédéral, ces différences de traitement relatives aux modalités de l'instance ne constituent pas un obstacle à la protection judiciaire de la prétention invoquée. Pour autant que les parties fassent preuve de l'attention nécessaire, elles auront la possibilité d'alléguer, de prouver et de plaider, parce que la logique de la procédure de première instance veut que cette triple faculté leur soit offerte.

La procédure de cassation, en revanche, est coulée dans un moule différent. Si les moyens de cassation représentent un thème nouveau, ils se rapportent à des vices affectant la cohérence du jugement, voire celle du dossier. Abstraction faite de l'hypothèse visée à l'article 393 lit. c CPCN, soit la contrariété entre jugements successifs, «la Cour de cassation ne connaît en aucun cas de pièces qui n'ont pas été soumises au juge du fond», écrit H. Schüpbach⁶²⁸. Le même auteur ajoute: «la phase de l'instruction dans la procédure de cassation se réduit pratiquement au strict minimum. Elle se résume le plus souvent à la prise en considération du pourvoi, des pièces qui y sont jointes et de la réponse. L'instruction importe avant tout dans l'établissement des faits. Or ceux-ci échappent à la connaissance de la Cour de cassation»⁶²⁹. Néanmoins, l'article 399 CPCN habilite la Cour à assigner les parties devant elle pour entendre leurs explications, ainsi qu'à ordonner tout complément d'instruction pour la vérification des faits. Appliquée exceptionnellement dans son contexte naturel, et ne concernant que des faits procéduraux, cette règle devient la norme en matière de révision. L'autorité de recours est en effet amenée, nécessairement, à se pencher sur des éléments extérieurs au dossier, en raison de la motivation même du recours.

Les articles 407 et 408 CPCN instituent une différence de traitement, dont l'origine a été expliquée plus haut⁶³⁰, et qui ne concerne que la forme des actes. Les prérogatives procédurales dont bénéficient les parties

628 Cassation, p. 275.

629 Schüpbach, cassation, p. 274.

630 Cf. supra, p. 145.

sont les mêmes, quel que soit le type de procédure applicable. La loi doit être interprétée d'une manière uniforme, qui tienne compte de la nature particulière de l'action. Ainsi, la revision d'un jugement écartant une demande en divorce ne suppose pas une tentative de conciliation préalable⁶³¹. Les préliminaires compliqués des articles 522ss. CPCN n'ont pas leur place dans une procédure de revision afférente à un jugement de partage. Le recours en revision n'est pas une action en divorce ni une action en partage. C'est une action procédurale qui doit être introduite en la même forme qu'une demande principale.

La nature du recours impose aussi le respect de principes d'instruction communs. Le droit de recours est susceptible de péremption. Il est dirigé contre un acte de souveraineté étatique. Ces deux facteurs entraînent certaines conséquences pratiques.

Le délai de recours étant péremptoire, il incombe au recourant d'exercer son droit régulièrement avant son expiration. On a vu plus haut que l'application littérale des dispositions de procédure ordinaire relatives à la sanction de l'irrégularité formelle d'une demande conduirait à un résultat étrange. L'instance irrégulière ouverte en temps utile pourrait être validée ultérieurement par voie de réforme ou suite à un moyen préjudiciel du défendeur. L'admettre en matière de revision, ce serait autoriser le recours hors délai⁶³². Le recourant n'aurait donc pas les mêmes droits selon qu'il solliciterait la revision d'un jugement émanant d'un tribunal inférieur ou du Tribunal cantonal. Le législateur n'a pas pu vouloir qu'il en soit ainsi; le recours exercé par un acte manquant d'une mention essentielle est irrecevable s'il n'est corrigé en temps utile. Le mode de correction (réfection, complément) est déterminé par la procédure applicable.

Le problème ne se pose pas uniquement en ce qui concerne la régularité formelle. Que l'on songe à la compétence: la demande introduite devant un tribunal incompétent peut donner lieu à un moyen préjudiciel, voire à une déclaration d'incompétence prononcée d'office⁶³³. En procédure ordinaire, le jugement d'incompétence laisse subsister l'instance, pour autant que le demandeur réassigne son adversaire devant le tribunal compétent dans un bref délai⁶³⁴. Il n'en va pas de même en cassation. Selon la jurisprudence, le droit neuchâtelois ne connaît pas le principe de la transmission

631 Comp. SJ 1928 p. 289ss.

632 Cf. ATF 108 Ia 212; 96 I 96.

633 Art. 7 CPCN.

634 Art. 168 al. 3 CPCN.

d'office du recours mal adressé, ni la règle selon laquelle le délai de recours est respecté si le recours parvient en temps utile à une autorité incompétente⁶³⁵. Sur ce point également, le pourvoi est traité plus sévèrement que la demande ordinaire. Le principe valable en cassation l'est aussi dans le domaine de la revision, pour les mêmes raisons que ci-dessus. Il a même valeur générale à notre avis, en ce sens que tout vice dont résulte l'invalidité de l'instance ou l'absence de l'action entraîne l'irrévocabilité du jugement attaqué à l'égard du recourant, s'il n'est réparé avant l'expiration du délai de recours. Tout au plus le demandeur pourra-t-il obtenir le relief du délai de recours, s'il établit qu'il a été empêché d'agir régulièrement en temps utile par une cause indépendante de sa volonté. La jurisprudence de la Cour de cassation réserve également les informalités secondaires, telles que l'omission de joindre la décision attaquée au pourvoi⁶³⁶, qui peuvent être réparées dans un bref délai complémentaire à fixer par le tribunal. Les conditions essentielles de validité de l'instance ne doivent donc pas être entendues de manière trop formaliste⁶³⁷, et c'est affaire d'appréciation que de décider jusqu'à quel point la sécurité juridique s'accommode d'un redressement tardif de l'acte de recours. Sous cette réserve, il faut admettre avec H. Schüpbach que «la condition de validité de l'instance est presque élevée au rang de condition de bien-fondé. Les droits de recours auront beau avoir existé véritablement pendant le délai pour se pourvoir, le vice de forme ou l'absence de toute autre condition de validité de l'instance conduira à l'irrecevabilité de la prétention⁶³⁸ et à l'irrévocabilité du jugement attaqué»⁶³⁹.

Dirigé contre un acte de souveraineté étatique, le recours ouvre un procès dominé par un régime d'officialité accusé. Le jugement ne doit être annulé que si le tribunal acquiert la conviction de ce que la critique dirigée contre lui est fondée. La sécurité juridique requiert une éviction des procédés contraignant le juge à tenir pour vrai un fait dont il ne serait pas convaincu.

635 RJN 6 I 174; 6 I 22-23, et les références; contra, Schüpbach, cassation, p. 252; est toutefois recevable le recours adressé à une autorité incompétente pour statuer, s'il l'est à une autorité compétente pour le recevoir valablement. Le Tribunal cantonal est ainsi compétent pour recevoir un mémoire destiné à l'une de ses cours (RJN 1980-1981 p. 93). De même, la transmission éventuelle du pourvoi (mal adressé) à l'autorité compétente rend le recours recevable, si elle a lieu avant l'expiration du délai de recours (RJN 6 I 23).

636 RJN 4 I 16ss.

637 Cf., notamment, ATF 106 Ia 306; 102 Ia 37, 94; 101 Ia 114-115, 324; 96 I 317, 523; 94 I 524; 92 I 12; voir aussi W. Perrig, in SJZ 1955 p. 312-313.

638 En réalité, de la demande.

639 Cassation, p. 201.

L'aveu du défendeur n'épargne pas au recourant l'incombance de prouver les faits qu'il allègue, sous réserve de l'aveu qui porte sur la reconnaissance d'un faux. Cette exception se justifie par le fait que le motif de revision tient précisément dans cet aveu, que le législateur semble avoir jugé suffisamment significatif pour qu'il fonde la revision à lui seul. De même, l'intimé exclu de la procédure avant de s'être déterminé sur le recours n'a pas à redouter que les allégations de son adversaire soient réputées admises par lui, et que la demande soit accueillie sans administration de preuves. La passivité du défendeur ne dispense pas le tribunal de vérifier d'office que les conditions de recevabilité et de bien-fondé sont réalisées⁶⁴⁰. Cela ne veut évidemment pas dire que le procès en revision se déroule sous le sceau de la «maxime inquisitoriale». Le juge n'a pas à rechercher d'office les faits et les preuves dont il pourrait résulter que le jugement attaqué est affecté d'un motif de revision.

L'acquiescement au recours n'entraîne pas l'annulation du jugement. Tout au plus pourra-t-il prélude à un règlement extrajudiciaire de la contestation, et à un retrait du recours. Il en va de même d'une «transaction» qui porterait sur le fond. Se rapportant à un litige vidé par un jugement définitif, une telle convention ne peut acquérir la qualité de transaction judiciaire que dans l'hypothèse où les débats au fond seraient réouverts⁶⁴¹. Avant ce moment, il ne peut s'agir que d'un contrat déployant des effets de droit privé, auquel peut être relié l'engagement d'abandonner la cause.

Le principe de contradiction s'applique, quelle que soit la juridiction saisie du recours. En procédure ordinaire, cette garantie fondamentale résulte de la signification de la demande et du titre deuxième, chapitres II et III du Code. Devant la Cour de cassation, le droit de réponse existe aussi, mais il est tempéré par l'article 396 al. 2 et 3 CPCN, qui permet au Tribunal cantonal de «guillotiner» le recours. Connue de plusieurs lois de procédure suisses⁶⁴², cette exécution sommaire limite les frais et épargne au recourant le versement de dépens. Une telle pratique est compatible avec l'article 4 Cst, qui ne confère le droit de s'exprimer qu'à la partie au détriment de laquelle une décision est rendue⁶⁴³. Elle devrait être étendue à notre avis à la procédure à suivre devant les tribunaux inférieurs.

640 Cf. art. 163 al. 2 CPCN.

641 Jauernig, ZPR, p. 272.

642 Art. 143 al. 1 OJF; § 249 BS; § 270 LU; art. 286 al. 1 OW; § 226 SZ; art. 278 al. 1 AR; § 436 pLU; § 281 al. 1 pTG; art. 264 al. 1 pSG.

643 Guldener, ZPR, p. 175–176.

Au chapitre du droit d'être entendu, signalons encore que les dispositions relatives à l'assistance judiciaire trouvent application en matière de revision. L'instance en revision constituant un procès nouveau, le bénéfice de cette assistance doit être sollicité à nouveau par la partie qui l'avait obtenue lors du premier procès⁶⁴⁴. Cela se justifie d'autant plus qu'il peut s'écouler une longue période entre le prononcé du jugement attaqué et l'interjection du recours.

Sous les réserves qui précèdent, l'instance se déroule selon les règles applicables à chaque type de procédure principale instauré par le Code de procédure civile et la législation accessoire.

B. Les incidents de l'instruction

Le recours en revision tend en général à l'élimination d'une imperfection que l'on ne peut reprocher au juge. C'est pourquoi le législateur en a fait une voie de rétractation. Il se conçoit pourtant que le juge prenne une part active à l'existence du motif de revision. Le fait qu'un juge appelé à statuer sur le recours ait fonctionné lors du premier procès ne suffit pas à fonder une demande de récusation⁶⁴⁵, mais il y a lieu à récusation, en vertu de l'article 19 i.f. CPCN, lorsque le recourant invoque une fraude qui met en cause l'impartialité du juge⁶⁴⁶.

Un cas d'inhabileté se conçoit également, d'autant plus que l'écoulement du temps peut entraîner des substitutions dans la personne du demandeur, du défendeur ou du juge.

L'inscription en faux est possible lorsque la procédure de cassation s'applique⁶⁴⁷, comme devant les tribunaux inférieurs.

La réforme n'est pas un incident, mais les contestations qui peuvent surgir à propos de son admissibilité sont incidentelles. Il faut relever d'emblée que l'institution de la réforme se prête à diverses constructions logiques soutenables, parmi lesquelles la jurisprudence n'a pas eu l'occasion

644 Rust, p. 171; HP. Mari, p. 77.

645 Comp. ATF 107 Ia 15ss.

646 Curieusement, le Code de procédure civile tessinois, qui est le seul en Suisse à ouvrir expressément la *restituzione in intero* en cas d'infraction du juge (art. 346 lit. e), est aussi le seul à disposer que la demande en revision n'entraîne pas pour le juge l'obligation de se récuser (art. 349 al. 2).

647 Schüpbach, cassation, p. 277.

de faire un choix à notre connaissance. Tout au plus sait-on que la réforme est inadmissible en appel⁶⁴⁸, parce que l'appel prolonge l'instance originaire et que les débats en première instance sont clos. H. Schüpbach estime⁶⁴⁹ par ailleurs que la réforme peut avoir lieu devant la Cour de cassation, mais qu'elle ne saurait viser le pourvoi lui-même. De plus, ajoute cet auteur, «les plaideurs ne peuvent se réformer que d'actes accomplis devant la Cour de cassation, croyons-nous». Ce point de vue est fondé dans son principe: le procès en cassation, comme celui en revision, ne se confond pas avec l'instance originaire. La réforme d'un acte accompli dans le cadre du procès clôturé n'est donc pas acceptable, tant que le jugement n'a pas été annulé. L'indépendance des procédures permet aussi de retenir l'admissibilité de la réforme en instance de recours, que l'instrument ait été utilisé ou non lors du procès originaire. Quant à la réforme de l'acte de recours lui-même, pourquoi ne pas l'admettre, si elle ne survient pas après l'échéance du délai de recours? Après cette date, en revanche, elle serait abusive à notre avis, dans toute la mesure où elle tendrait à contourner les rigueurs attachées à l'écoulement du délai de recours⁶⁵⁰. Les effets d'une réforme intervenue au stade du rescindant sur la suite de la procédure seront examinés lorsqu'il sera question du rescisoire.

On a vu qu'un tiers au procès ne peut se porter intervenant pour interjeter le recours en cette qualité, s'il ne s'est déjà mêlé au procès initial. S'il l'a fait, il peut adhérer au recours formé par la partie principale ou recourir en son nom. De même, une partie peut se joindre au recours de son consort volontaire. Dans un cas comme dans l'autre, l'adhésion doit avoir lieu avant l'échéance du délai de recours⁶⁵¹.

Le tiers qui s'est abstenu d'intervenir au procès principal peut-il le faire, une fois le recours pendant? Le rejet du recours lui fermerait pratiquement l'accès à toute modification du jugement attaqué. Sur ce point, l'intérêt de l'intervenant se confond avec celui qu'il peut avoir à participer au procès principal. L'admissibilité de l'intervention se justifie d'autant plus que l'autorité de recours est autorisée à coupler le rescindant et le rescisoire. L'exclusion de l'intervention au rescindant risquerait donc, dans certains cas, d'entraîner en fait la perte du droit d'intervention au rescisoire. La même remarque vaut pour l'intervention aux côtés de l'intimé.

648 Cf. *supra*, p. 115.

649 Cassation, p. 277.

650 Comp. RJN 61 525.

651 Schüpbach, cassation, p. 278.

L'admission du recours peut matérialiser une prétention nouvelle, indépendante du droit litigieux au fond et de l'issue finale de la procédure. Imaginons par exemple que le défendeur a obtenu gain de cause en souvoyant un faux témoin. Ce dernier est condamné. La révision du jugement est demandée par le perdant, qui l'obtient. L'acte attaqué est «confirmé» au stade du rescisoire, en raison d'un fait survenu après le prononcé du jugement, tel que la naissance d'une créance compensante opposée avec succès. Le recourant est titulaire d'une créance en dommages-intérêts, l'intimé d'une «action» récursoire contre le témoin. La dénonciation a sa raison d'être au stade du rescindant déjà⁶⁵². Au surplus, la souplesse de la procédure de révision légitime une dénonciation prématurée, pour la raison exposée à propos de l'intervention.

C. *Les mesures provisionnelles*

En matière de révision, la mesure conservatoire la plus efficace et la plus courante consiste dans le sursis à l'exécution du jugement, que le juge peut ordonner en vertu de l'article 409 al. 2 CPCN. Ce sursis n'est ni un caractère propre du recours, ni même un de ses effets. Il s'agit à notre avis d'une véritable mesure provisionnelle⁶⁵³, qui pourrait, au besoin, être ordonnée dès avant l'introduction de l'instance. Le sursis se justifie pour autant que le requérant rende vraisemblable⁶⁵⁴ la prétention qu'il entend faire valoir, soit son droit à la rétractation du jugement. Il faut encore que le jugement n'ait pas été exécuté et qu'il ne risque pas de l'être en cours d'instance⁶⁵⁵. Conformément à la règle générale⁶⁵⁶, le recourant qui sollicite l'octroi de l'effet suspensif est astreint en principe à fournir caution.

Le sursis à l'exécution atteint la force exécutoire du jugement, non la force de chose jugée ou l'autorité de la chose jugée, qui ne seront affectées que par la décision déclarant le recours fondé. De l'avis de certains auteurs⁶⁵⁷, pourtant, l'effet suspensif d'un recours extraordinaire peut se

652 Cf. aussi l'exemple de H. Schüpbach, cassation, p. 279-280.

653 Dans le même sens, Tribunal civil du district de Neuchâtel, du 2 mars 1964, E. SA c. MRP SA; art. 94, 142 OJP; Birchmeier, p. 513; H. Marti, p. 146; ATF 106 Ia 157; 95 I 381; 91 II 144; § 439 pLU; contra, Gloor, p. 43-44; von Salis, p. 3-5; comp. Sträuli/Messmer, n. 16 ad § 230 ZPO.

654 RJN 3 I 93.

655 Cf. Rust, p. 170; Brunner, p. 77-78, qui propose une interprétation libérale de l'art. 409 al. 2 CPCN, alors que la Cour de Justice de Genève s'impose une «très grande réserve» dans l'octroi de l'effet suspensif, en matière d'arbitrage (voir Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier, N° 550).

656 Art. 103 CPCN.

657 Guldener, ZPR, p. 392 n. 126; Rust, p. 60.

rapporter à la force et à l'autorité de la chose jugée. Une telle extension pourrait se révéler utile, notamment lorsqu'un jugement formateur ou déclaratif est en cause. B. Rust⁶⁵⁸ mentionne en particulier l'hypothèse dans laquelle le conjoint divorcé, intimé, manifesterait son intention de se remarier en cours d'instance pour éviter une annulation du jugement de divorce.

La prétention en annulation du jugement découlant du droit cantonal, c'est à ce droit qu'il appartient de déterminer le contenu admissible des mesures provisoires⁶⁵⁹, dans les limites tracées par le droit fédéral. Celui-ci ne paraît pas s'opposer à l'octroi d'un effet suspensif entendu largement⁶⁶⁰. L'article 95 CPCN pourrait fournir la base légale habilitant le juge à suspendre provisoirement l'efficacité du jugement. Cette mesure s'inscrirait au surplus dans le principe général selon lequel la protection judiciaire sollicitée à titre principal peut être accordée provisoirement, de façon anticipée, si les intérêts du requérant le commandent impérieusement⁶⁶¹. L'empêchement est autre à notre avis: il faut en effet être conscient du fait qu'en suspendant l'autorité du jugement, le juge du recours rétablit la litispendance⁶⁶², ce qui revient à conférer au recours un effet dévolutif, au sens où ce terme a été défini plus haut⁶⁶³. Ainsi, en rejetant la demande en revision, l'autorité de recours serait réputée rendre un jugement au fond confirmatif, ce qui n'est manifestement pas le cas en réalité. On retrouve ici le paradoxe évoqué à propos des recours ordinaires, et accepté dans toutes ses conséquences, en ce qui les concerne, par la doctrine et la jurisprudence. L'assimilation du rejet d'une demande en revision à un jugement au fond nous paraît fondamentalement incompatible avec la notion de recours extraordinaire, et c'est à juste titre que le législateur s'est référé uniquement à la force exécutoire.

Le tribunal peut-il ordonner d'autres mesures? Plusieurs codes suisses le prévoient. La LPC genevoise dispose par exemple que le juge peut assujettir la partie même qui poursuit l'exécution à donner caution⁶⁶⁴. Rien ne s'oppose à ce que les articles 94 ss. CPCN s'appliquent à l'instance en revision. C'est plutôt le contenu admissible des mesures qui fait problème. Selon une tendance doctrinale largement représentée⁶⁶⁵, l'objet d'une mesure

658 P. 60.

659 Vogel, ZPR, p. 254-255; Guldener, ZPR, p. 577 a contrario.

660 ATF 106 Ia 159 c. 5.

661 Gloor, p. 10-11; Guldener, ZPR, p. 575.

662 Osterwalder, p. 39; von Salis, p. 89.

663 Cf. supra, p. 62.

664 Art. 331 al. 2 GE.

665 Meier, Grundlagen, p. 31 ss., 154 ss.; Gloor, p. 10-11, 95 ss.; Guldener, p. 581 n. 32; Vogel, Probleme, p. 95.

provisoire ne saurait excéder celui de la protection judiciaire demandée à titre définitif. Or le procès n'a d'autre objet, au stade du rescindant, que l'anéantissement total ou partiel de l'acte attaqué. La question n'a, il est vrai, qu'un caractère théorique, puisque l'article 94 CPCN autorise le juge à ordonner des mesures provisoires dès avant l'introduction de l'instance. Le tribunal est donc fondé à prendre en considération l'objet du rescisoire, comme cadre des mesures qu'il pourrait être appelé à ordonner, avant même que le jugement soit rétracté. Sont évidemment réservées les dispositions qui se réfèrent implicitement ou explicitement à la litispendance. Le juge ne saurait par conséquent allouer une pension, en application de l'article 145 CC, à l'épouse qui solliciterait la révision du jugement rejetant la demande en divorce intentée antérieurement à son conjoint.

Considérée parfois comme une mesure provisoire⁶⁶⁶, l'administration d'une preuve à futur pourrait, dans certains cas, se révéler utile à la sauvegarde d'un moyen de preuve menacé de disparition; ainsi, dans l'hypothèse où un témoin serait gravement atteint dans sa santé. En revanche, elle ne serait d'aucun secours pour le recourant qui entendrait utiliser cet instrument aux fins de créer les conditions objectives d'exercice du recours. On pourrait en effet envisager, par exemple, que la requête de preuve à futur tende à faire constater, par expert, qu'une pièce est fausse. Un tel procédé se heurterait à la lettre et à l'esprit de l'article 311 CPCN, ainsi qu'à la volonté du législateur de n'autoriser l'inscription en faux que par voie incidente.

D. L'administration des preuves

Dans un premier temps, le tribunal est censé vérifier que le recours est recevable. L'attitude du défendeur n'a d'importance à cet égard que dans la mesure où, s'il soulève isolément un moyen préjudiciel, comme il en a la faculté en procédure ordinaire, la question de la recevabilité devra être tranchée par un jugement séparé. Le tribunal peut être amené à ordonner l'administration de preuves au stade de l'examen de la recevabilité déjà. Que l'on pense par exemple au respect du délai de recours, qui ne résulte pas nécessairement des pièces jointes à la demande, dont la production même n'est pas une condition de validité de l'instance en procédure ordinaire.

Si le tribunal s'en tient à la marche à suivre logique et normale, il lui appartient, une fois le recours jugé recevable, d'ordonner l'administration des preuves relatives à l'ouverture invoquée. Les parties concentreront leurs efforts probatoires sur quatre thèmes. Les faits allégués se sont-ils pro-

666 Cf. *supra*, p. 160 n. 221.

duits? Si oui, ont-ils un caractère décisif? Le recourant ou son auteur n'ont-ils pas eu la possibilité de s'en prévaloir lors du procès dont est issu le jugement attaqué? N'ont-ils pas renoncé à leur droit de recours? Une réponse affirmative à ces quatre interrogations partielles conduit à la rétractation du jugement, dans la mesure où il est affecté par le motif établi.

L'autorité n'a pas à se demander, à ce stade, s'il convient de modifier le dispositif. Vu le cadre du litige, le juge instructeur ne devrait donc pas autoriser, lors de l'instruction relative au rescindant, l'administration de preuves se rapportant à des faits étrangers à la contestation⁶⁶⁷, soit à la réalisation de l'ouverture ou à l'existence du droit de recours. Le défendeur ne saurait par exemple être admis à prouver, par de nouveaux témoins, que le fait retenu par le tribunal sur la base d'une pièce fausse s'est réellement produit. La nature de l'affaire commande, en pareil cas, un jugement séparé sur le rescindant, puis un complément de preuve. L'intimé peut en revanche solliciter l'administration de toute preuve tendant à atténuer la vraisemblance des faits allégués par le recourant à l'appui de sa demande.

Le juge jouit d'une certaine liberté dans l'administration des preuves. Il peut notamment écarter les offres des parties, par une appréciation anticipée de la preuve, lorsque les moyens proposés lui paraissent inaptes à forger sa conviction⁶⁶⁸.

Selon l'article 219 CPCN, applicable à la procédure ordinaire, le juge instructeur décide souverainement s'il convient d'accorder aux parties un second tour de preuves. En pratique, l'autorisation d'administrer des preuves nouvelles est toujours accordée. Bien que l'article 219 CPCN n'ait guère l'occasion d'être appliqué en procédure de cassation, cette disposition a valeur générale. Il n'existe pas de raison impérieuse de s'écarter, en instance de revision, d'une pratique consacrée par l'usage devant le Tribunal cantonal également.

E. Les débats

Le droit d'être entendu garanti par la Constitution fédérale comprend la faculté de se déterminer à propos des preuves administrées⁶⁶⁹. Ce principe vaut évidemment quelle que soit l'autorité saisie et quel que soit le type de procédure applicable. Hormis l'hypothèse dans laquelle le recours

667 Art. 212 al. 1 CPCN.

668 RJN 1980-1981 p. 100 c. 3 i. f., et les références; voir aussi ATF 107 II 118; 96 II 58; 90 II 310.

669 ATF 105 Ia 291, et les références; RJN 1980-1981 p. 98; Sigg-Meierhans, p. 74 ss.; Sträubli/Messmer, n. 1 ad § 56 ZPO; Guldener, ZPR, p. 175 i. f.

apparaît d'emblée manifestement irrecevable ou mal fondé, auquel cas il peut être écarté sans communication à la partie adverse et sans administration de preuves, les parties doivent être mises en mesure de plaider sur la recevabilité et sur le fond.

S'il y a rétractation, elles ont également un droit à argumenter sur la contestation de départ. Le principe est limpide, mais l'article 410 CPCN peut en rendre l'application délicate, puisqu'il autorise le tribunal à statuer sur le recours et sur le litige originaire par un seul jugement. Il est essentiel, à notre avis, que le tribunal fixe les parties sur la portée des débats, afin que les plaideurs ne se trouvent pas privés de leurs droits procéduraux sans avoir pu saisir quel était l'objet réel de la contestation. La ZPO zuricoise fournit à ce propos un bon exemple de clarté, à tout le moins textuelle. Son § 298 dispose en effet: «erweist sich das Revisionsbegehren nach Erhebung der Beweise als begründet, ergänzt das Gericht soweit notwendig das Verfahren in der Sache selbst, hebt den angefochtenen Entscheid auf und fällt einen neuen Entscheid». Nous ne sommes personnellement pas convaincu de l'opportunité qu'il y aurait à administrer les preuves relatives au rescisoire au stade du rescindant déjà, car c'est précisément le jugement rescindant qui détermine la mesure dans laquelle la procédure doit être réouverte. Il se peut cependant que les parties n'aient pas l'intention d'administrer d'autres preuves, d'alléguer d'autres faits que ceux qu'ils ont invoqués dans la procédure de recours. Il serait alors peu expédient de dissocier le rescindant et le rescisoire. Il appartient donc au tribunal, après la clôture des preuves, de s'enquérir des intentions des parties, pour le cas où le jugement serait rétracté. Si les plaideurs renoncent par avance à toute mesure d'instruction complémentaire, ils peuvent être autorisés à plaider le rescindant et, conditionnellement, le rescisoire.

La forme des plaidoiries ne varie guère selon la procédure applicable. En procédure ordinaire, sommaire et accélérée, les parties peuvent solliciter l'autorisation de déposer des conclusions en cause écrites⁶⁷⁰, qui peuvent d'ailleurs être prescrites d'office. En procédure orale, les conclusions en cause ne sont autorisées que si les deux parties sont représentées par un mandataire⁶⁷¹. Le dépôt de conclusions en cause ne déchoit pas du droit de plaider. Le droit d'être entendu n'est pas inaliénable. Il peut y être renoncé⁶⁷².

670 Art. 317, 461 al. 2 CPCN; RJN 6 I 209ss.; CCC VI 8ss.

671 Art. 436 CPCN.

672 RJN 1980-1981 p. 97-98; 6 I 127.

Les articles 393 ss. CPCN ne règlent pas la forme des débats devant la Cour de cassation. Les dispositions générales s'appliquent par analogie.

4. *Le jugement rescindant*

A. *Objet*

Le jugement rescindant est la décision par laquelle l'instance de recours statue sur la prétention du demandeur à l'annulation totale ou partielle de l'acte attaqué. L'objet du jugement recouvre celui du litige. Le tribunal ne peut offrir au recourant plus ou autre chose que ce qu'il a demandé. Il peut en revanche lui accorder moins. Ainsi, si le demandeur sollicite la rétractation complète du jugement, le tribunal peut laisser subsister certains points du dispositif. L'inverse n'est pas vrai, même si la cause invoquée vicie le jugement dans son entier⁶⁷³. Si le recourant ne s'attaque qu'à une disposition du jugement, et non à une autre qui est indissolublement liée à la première, il fera les frais de cette indivisibilité, car le jugement devra être maintenu dans son intégralité, étant insusceptible d'une annulation partielle. L'annulation s'étend donc à toute la zone comprise à l'intersection (au sens mathématique) des conclusions du recourant et de la réalité, vérifiée lors de l'instruction, de la cause affirmée par lui. Les points du dispositif touchés par un seul de ces éléments subsistent. Ceux qui sont doublement touchés doivent disparaître, s'ils ne sont solidaires d'un chef du dispositif non attaqué.

B. *Nature*

La doctrine suisse admet unanimement que le jugement rescindant est un jugement processuel, qu'il ne tranche donc pas une prétention matérielle⁶⁷⁴. S'il rejette la demande ou la déclare irrecevable, il s'agit d'une décision finale. S'il l'accueille, on est, selon la doctrine, en présence d'un jugement incident⁶⁷⁵. P. Gilles estime au contraire qu'il s'agit d'un jugement final⁶⁷⁶, qui statue définitivement sur le droit de recours.

673 Gilles, *Systematik II*, p. 407; *Rechtsmittel*, p. 121-122.

674 Voir par exemple Anastasi, p. 249 n. 74; Birchmeier, p. 162-163; Wurzbürger, p. 187; Binder, p. 27-28.

675 Soliva, p. 58; HP, Marti, p. 80; dans le même sens, Schiedermair, p. 352; Stein/Jonas, n.m. 2 ad § 590 ZPO; Bettermann, p. 415.

676 Gilles, *Systematik I*, p. 470; *Rechtsmittel*, p. 114; comp. Jauernig, ZPR, p. 272; dans le même sens que P. Gilles, implicitement, Ramer, p. 124, 128.

La qualification a son importance au regard des voies de recours ouvertes contre le jugement, dont il sera question plus loin. Dans tous les cas, le jugement rescindant met un terme à l'instance de recours au sens étroit. Une fois qu'il a été prononcé, le recourant ne peut le priver d'efficacité en retirant son recours⁶⁷⁷. Tout au plus peut-il abandonner les conclusions qu'il a prises au fond. De même, les mesures conservatoires en rapport direct avec l'objet du recours n'ont aucune raison de subsister au-delà de la rétractation. Le jugement annulé n'existe plus. Il ne saurait donc faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée⁶⁷⁸ ou fonder la passation d'un acte juridique qui présuppose son efficacité, comme un (re)mariage. Le prononcé du jugement rescindant rend ces mesures caduques, en vertu de l'article 105 CPCN, aux termes duquel une mesure provisoire cesse de déployer ses effets dès qu'il est intervenu un jugement définitif sur la question de fond. Statuant définitivement sur la question de «fond» posée par le recours, le jugement rescindant a bien, dans cette mesure, le caractère d'un jugement final. Pour le surplus, soit les mesures ordonnées en vue de protéger la prétention matérielle, il n'est pas un jugement au fond et n'entraîne pas leur caducité⁶⁷⁹.

Matériellement, la décision qui déclare le recours irrecevable constate que l'instance est invalide ou que le recourant n'a pas d'action. Celle qui rejette le recours constate que l'ouverture alléguée n'est pas réalisée ou que le recourant n'a pas de droit à obtenir l'annulation du jugement attaqué. Il s'agit, dans les deux cas, d'une décision déclarative.

En revanche, s'il accueille le recours, le tribunal rend un jugement formateur⁶⁸⁰ emportant annihilation constitutive de tout ou partie du prononcé entrepris. Particulièrement évident lorsque l'acte annulé est lui-même

677 Contra, Soliva, p. 59.

678 SJ 1956 p. 93.

679 Dans la doctrine stricte du rétablissement antérieur, il faudrait admettre que les mesures provisoires ordonnées lors du procès originaire reprennent force, par la seule annulation du jugement attaqué (comp. Bühler/Spühler, n. 76 ad art. 145 CC). Cette opinion, tout à fait soutenable théoriquement, se heurte à diverses difficultés pratiques. D'abord, les mesures provisoires ordonnées à l'origine se révéleraient bien souvent sans objet. Ensuite, le prononcé d'une ordonnance de mesures conservatoires est conditionné, dans la règle, par les chances de succès du requérant, au fond. Or la procédure de révision, si elle aboutit à l'annulation du jugement attaqué, modifiera souvent l'optique du juge à cet égard. Enfin, pour ce qui est des mesures pacificatrices, l'écoulement du temps et le changement des circonstances appelleront généralement une nouvelle décision, adaptée à l'évolution de la situation. Pour la clarté des rapports entre les plaideurs, il est préférable d'admettre que les mesures provisoires ordonnées lors du premier procès ne reprennent force que si le juge le décide.

680 Bally, p. 60-61; Gilles, Rechtsmittel, p. 107; Jauernig, Zivilurteil, p. 133; Stein/Jonas, n.m. II ad § 590 ZPO; Ramer, p. 107 ss.

constitutif, l'effet constitutif du rescindant existe également lorsqu'un jugement déclaratif ou condemnatoire est en cause. Le résultat recherché ne peut être atteint que par un acte juridictionnel tendant à cette fin. Seul un jugement constitutif est à même de rétablir la litispendance sur le fond, par la destruction de la décision qui y avait mis un terme. En méconnaissant l'autorité d'un jugement, un tribunal peut contrarier certains de ses effets, mais il ne l'atteint pas dans sa substance. En le rétractant, il l'efface, sans éliminer pour autant tous ses effets secondaires.

C. *Effets*

a) *En général*

En tant qu'acte juridictionnel, le jugement rescindant est appelé à déployer les effets généraux naturellement attachés à cette condition, tels l'effet de fait, l'effet de titre, la force obligatoire intraprocédurale, la force de chose jugée, l'autorité de la chose jugée, etc.⁶⁸¹. Vu sa nature matérielle, il n'est pas susceptible d'exécution⁶⁸², sinon en ce qui concerne les frais et dépens.

Le droit neuchâtelois a donné au rescindant, pour effet primaire, l'annulation du jugement attaqué. Il aurait pu résoudre la question autrement. L'article 438 SG prévoit par exemple que la décision attaquée est maintenue dans son intégrité (bleibt in Kraft) jusqu'au prononcé d'un jugement la modifiant. Cette solution présente l'avantage pratique d'assurer une continuité juridique, lorsque le tribunal arrive, sur le fond, au résultat retenu par le jugement déféré. Théoriquement, il est insatisfaisant que le tribunal soit autorisé à juger à nouveau un litige tranché par un jugement efficace. On peut y voir une atteinte à l'autorité de la chose jugée. L'article 410 CPCN n'encourt pas ce reproche.

L'acte anéanti fait partie d'un tout. Il n'est que le dernier maillon d'une chaîne d'opérations intellectuelles tendant à son prononcé. D'autre part, et sauf circonstances exceptionnelles, il a bénéficié d'une pleine efficacité temporaire, d'où la possibilité que les parties, particulièrement celle à qui il profite, aient pris des dispositions en se fondant sur lui. Il faut donc examiner les effets de la rétractation en amont et en aval de la décision annulée.

681 Cf. *supra*, p. 42 ss.

682 Contra, Schüpbach, cassation, p. 304 i. i.

b) *Les opérations préalables au jugement rétracté*

La revision se distingue de la cassation: alors que, selon l'article 401 CPCN, l'arrêt de cassation replace la contestation dans l'état où elle se trouvait immédiatement avant le jugement, l'article 410 CPCN n'apporte aucune précision de cet ordre. Il n'y a rien là que de très normal. La cassation sanctionne une erreur patente du juge. Le pourvoi doit être interjeté immédiatement. S'il est admis, le juge statue à nouveau en réparant son error in iudicando ou après avoir éliminé son error in procedendo. La demande en revision, quant à elle, est dirigée contre le jugement final, mais la teneur de celui-ci peut n'être que la conséquence indirecte d'un vice affectant une opération antérieure.

Le tribunal cantonal a laissé entendre que la revision visait «la reprise complète d'un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée»⁶⁸³. Il arrive certes que le procès doive être repris ab ovo, en particulier lorsque l'intimé était parvenu à obtenir frauduleusement une signification incorrecte de la demande et, conséquemment, un défaut immédiat du recourant ou de son auteur. Il n'en est pas toujours ainsi. Le recouvrement d'une pièce retenue ne requiert pas nécessairement la réfection de la demande et de la réponse. Il appartient à l'autorité de recours de préciser dans quelle mesure la procédure doit être reprise, comme l'énonce clairement l'article 480 al.2 VD: «Il (le Tribunal cantonal) arrête dans quelle mesure le jugement doit être révisé et les actes du procès annulés»⁶⁸⁴. L'anéantissement des actes antérieurs au jugement, touchés par le motif de revision, peut être compris comme un effet légal du rescindant, qui devra être interprété, au besoin, au stade du rescisoire. Pour les raisons déjà exposées, l'annulation ne peut s'étendre aux jugements partiels ou incidents que le tribunal n'aurait pu révoquer en cours d'instance, s'ils ne font pas, eux-mêmes, l'objet d'une demande en revision⁶⁸⁵.

L'étendue de la reprise du procès peut être cernée selon trois critères.

Le premier, d'un maniement aisé, fait appel à une référence temporelle. On admettra, par exemple, si la fraude de l'intimé a vicié l'ordonnance

683 RJN 7 I 159.

684 Cf. aussi § 438 al.3 pLU; Gilles, Systematik II. p.394 ss.

685 Cf. supra, p.154 ss.

de preuves statuant sur l'admissibilité des preuves complémentaires proposées, que le procès doit être repris à ce stade, toutes les opérations ultérieures étant réputées non avenues. Cette suggestion engendre un sentiment d'insatisfaction. D'abord, elle contraindrait le tribunal à réadministrer des preuves nullement concernées par le motif de révision, ce qui pourrait, cas échéant, se révéler impossible. Que l'on songe au décès d'un témoin, à la destruction de la chose expertisée. Même dans l'hypothèse où l'administration en serait encore possible, la qualité des preuves – surtout de la preuve testimoniale – se trouverait souvent altérée par l'écoulement du temps. Contraindre le tribunal à prendre en considération des preuves dépréciées, plutôt que celles qui avaient été administrées à l'origine, ce serait aller à l'encontre du but de la révision. Cela contrarierait aussi le principe, engoncé dans le chapitre relatif à la réforme, mais d'une valeur générale⁶⁸⁶, selon lequel les actes bénéficiant d'une portée objective indépendante survivent à l'anéantissement de la portion de la procédure dans laquelle ils s'inscrivent. Ce principe ne vaut, bien évidemment, que dans la mesure où ces actes ne sont pas contaminés par la circonstance qui a entraîné l'annulation de la procédure. Un aveu consenti par erreur peut être rétracté, même par voie de réforme. Il en va de même, en matière de révision, d'un aveu passé en plaidoiries sur la foi d'une preuve viciée.

Malgré ses insuffisances, le critère temporel peut être retenu dans son expression négative: l'avalanche ne saurait emporter un acte antérieur à l'opération la plus ancienne effectivement touchée par le motif de révision.

Le deuxième critère peut être qualifié de matériel. Il doit permettre d'isoler la matière sujette à un nouvel examen en fonction de la question litigieuse à laquelle le vice se rapporte. Pour l'appliquer, il faut décomposer la contestation originaire en unités susceptibles de faire l'objet d'un jugement séparé. Seuls les actes se rapportant aux «latente Teilurteile»⁶⁸⁷ concernés devraient être anéantis et renouvelés. Ce que ce critère gagne en finesse, il le perd en maniabilité, lorsqu'il est appliqué à une situation concrète. Il est rare qu'une question litigieuse puisse être extraite mentalement de la contestation, de telle sorte que l'on puisse affirmer avec certitude que sa résolution n'a influé sur le jugement final qu'à distance, sans avoir eu une quelconque incidence sur les opérations qui l'en ont séparé. La possibilité existe cependant: supposons un jugement accueillant une demande en paiement de dommages-intérêts. Le demandeur en révision établit que l'in-

686 Schüpbach, cassation, p. 300.

687 Gilles, Systematik I, p. 473 ss.

timé a frauduleusement et artificiellement enflé le dommage qu'il avait subi. L'autorité de recours annule le jugement de condamnation. Le critère matériel permet de cerner la question litigieuse représentée par l'évaluation du dommage, qui aurait pu faire l'objet d'un jugement séparé. S'il le combine avec le critère temporel, le tribunal arrivera à la conclusion qu'il faut reprendre l'administration des preuves et les débats sur le thème du montant du dommage.

Le troisième critère suppose une vision ponctuelle de l'instance originale. Il suppose une estimation concrète de l'influence exercée par le motif de revision sur les données du premier procès, disséquées jusqu'à l'atomisation. Imaginons qu'un témoin entendu ait été condamné pour faux témoignage. Etant donné l'abondance de ses déclarations, son audition avait été répartie sur deux audiences. L'enquête pénale révèle qu'il y a eu subornation entre les deux audiences. Il ne s'impose pas impérativement de considérer comme non avenues les déclarations que le témoin a faites lors de la première audience. On peut aller plus loin encore et laisser subsister sa déposition dans la mesure où un mensonge de sa part n'a pas été vérifié. De même, les débats ne seront réouverts que sur le thème précisément délimité par la portée objective de l'élément nouveau.

Il est difficile de définir in abstracto l'étendue de la réactualisation du procès original. Les critères temporel et matériel ont une valeur générale, essentiellement dans leurs implications négatives. La conception ponctuelle reflète mieux le principe, déjà évoqué, de la permanence des actes pour lesquels le motif de revision reste un élément objectivement indifférent. Elle réalise également l'idée qu'une partie ne doit être admise à utiliser la revision pour réparer un oubli ou une erreur survenus lors du premier procès. Il appartient au tribunal d'apprécier, de cas en cas, l'ampleur des compléments de procédure qu'il convient d'ordonner.

c) Les opérations postérieures au jugement rétracté

Dans la règle, un jugement formateur ne produit d'effet qu'ex nunc. Il arrive pourtant que la loi lui attribue pleine efficacité ex tunc. C'est le cas, par exemple, de la déclaration d'absence⁶⁸⁸. Telle est aussi la vertu unanimement attribuée au jugement de revision⁶⁸⁹. Certains auteurs justi-

688 Art. 38 al. 2 CC: voir aussi Walder, ZPR, p. 266ss.

689 Sur l'ensemble de la question, cf. Bally, p. 62ss.; HP. Marti, p. 84ss.; Rust, p. 176; Stein/Jonas, n. m. 20 avant le § 578, 11 ad § 590 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 162 IV 2; Wieczorek, D II c 2 ad § 590 ZPO.

fient cette particularité par le fait que si le motif de revision avait été connu en temps utile, le jugement attaqué ne serait pas venu à chef⁶⁹⁰. L'explication est un peu courte. On pourrait en effet en dire autant, par exemple, du jugement prononçant la nullité d'un mariage. Rien ne dit, au surplus, que le jugement rescisoire ne reprendra pas les termes de celui qu'a annulé le rescindant. Nous préférons analyser le jugement rescindant comme un jugement à la fois constitutif et déclaratif, ainsi que certains l'ont fait pour l'arrêt de cassation. Le jugement attaqué porte son vice en lui, ce qui ne le prive nullement d'une existence et d'une efficacité temporaires. On peut l'anéantir, en tant que tel, mais on ne peut effacer la période pendant laquelle il a déployé ses effets. Il ne faut donc pas attribuer une portée absolue au principe selon lequel le jugement rescindant réalise une situation identique à celle qui existerait si le jugement attaqué n'avait jamais été rendu.

A l'égard des parties à l'instance en revision, il faut effectivement raisonner comme si la portion anéantie du jugement n'avait jamais été prononcée. La rétractation les replace dans la situation qui était la leur en cours de litispendance. Ce retour à l'état antérieur peut n'entraîner que des conséquences pratiques minimales, par exemple lorsque le jugement attaqué avait rejeté une demande tendant à la constatation d'un droit. En d'autres circonstances, il est de nature à engendrer de profondes mutations dans la situation juridique des parties. Il en est ainsi, en particulier, lorsque le jugement entrepris avait produit un effet formateur modifiant le statut personnel des plaideurs. Les actes juridiques fondés sur le jugement, et conditionnés par son efficacité, entrent nécessairement en contradiction avec le rétablissement de la litispendance. C'est la raison pour laquelle le droit matériel s'oppose parfois à la rétractation, comme on l'a vu à propos du jugement de divorce suivi du remariage d'un conjoint. Lorsqu'un tel obstacle n'existe pas, les actes d'exécution fondés sur le jugement perdent leur cause du fait de l'annulation. Bien que le jugement rescindant soit insusceptible d'exécution forcée, l'intimé est tenu de rétablir l'état antérieur, dans la mesure où il en a le pouvoir. Dans l'hypothèse inverse, qui sera souvent réalisée par le fait de la protection légale accordée aux tiers de bonne foi, l'intimé devra indemniser son adversaire en application des dispositions relatives à l'enrichissement illégitime.

Les esprits sont partagés quant à la source du devoir de restitution de l'intimé. En matière de cassation, H. Schüpbach estime⁶⁹¹ qu'il découle

690 Bally, p. 63; HP. Marti, p. 84; Stein/Jonas, n. m. 11 ad § 590 ZPO.
691 Cassation, p. 301. Dans le même sens: SJ 1957 p. 68 ss.

des articles 62 ss. CO G. Leuch⁶⁹² et HP. Marti⁶⁹³ préfèrent la construction suivante: l'obligation de restituer serait une suite légale des dispositions cantonales relatives au recours en revision, et les tribunaux devraient s'inspirer, en ce qui la concerne, de l'article 86 LP. L'avantage de cette solution tient au fait qu'elle prive le défendeur du bénéfice de l'article 64 CO.

La rétractation du jugement restitue également au juge la liberté de statuer sur une demande en dommages-intérêts qui se serait heurtée à l'autorité de la chose jugée.

A l'égard des tiers, le jugement rescindant est d'abord un fait dont la survenance ne peut être niée par quiconque. L'annulation du jugement crée une situation juridique objective nouvelle, dont les autorités et les personnes étrangères à l'instance doivent tenir compte. Le droit matériel détermine la mesure dans laquelle les tiers sont touchés dans leurs droits par la modification intervenue.

L'actionnaire étranger à un procès en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme (article 706 CO) est touché par le jugement d'annulation, qui lui est opposable. Il le sera également par la rétractation de ce jugement.

Le légataire, en revanche, qui n'était pas partie au litige relatif à l'annulation d'un testament (article 519 CC) n'est pas concerné par le jugement d'annulation; il ne le sera pas plus par la revision de celui-ci. Tout au plus ne pourra-t-il pas nier qu'une modification est intervenue entre les parties au procès.

Il arrive aussi qu'un changement survenu dans les relations entre parties ait des répercussions indirectes sur la situation d'un tiers. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la chose louée change de propriétaire (article 259 CO); le droit du preneur au maintien du bail est atteint par le transfert de la propriété de façon médiate. Dans ce cas également, le droit matériel définit les conséquences proches et lointaines du transfert, que celui-ci résulte d'un acte juridique ou découle d'un jugement.

En bref, lorsqu'il porte sur une relation imbriquée dans un complexe de rapports juridiques interdépendants, le jugement de revision ne réalise que les prémisses auxquelles le droit de fond attache telle conséquence, variable selon la nature du droit litigieux et des intérêts en présence. Parmi ceux-ci, l'intérêt du tiers de bonne foi au maintien d'une situation acquise tient une large place, comme l'illustrent, entre autres, les articles 865,

692 P. 351.
693 P. 85-86.

884 al. 2, 933, 973 CC. De l'avis de la doctrine⁶⁹⁴, le tiers de bonne foi bénéficie d'une protection résultant du système général de la loi civile, lorsqu'il a acquis un droit en vertu d'un titre invalidé ultérieurement par un jugement formateur produisant un effet *ex tunc*, tel qu'un jugement de revision. Comme le relève P. Ramer⁶⁹⁵, il ne s'agit pas d'une restriction au principe selon lequel l'effet constitutif du jugement vaut *erga omnes*, mais plutôt d'une limitation des effets substantiels déployés par le jugement: le tiers n'est pas touché (betroffen) par la modification survenue, mais il ne peut la contester, telle que le jugement l'a ordonnée entre les parties.

La rétractation ne reste pas sans incidence sur les opérations procédurales postérieures au jugement attaqué. Il a déjà été question de la cassation par voie de conséquence⁶⁹⁶. Rappelons aussi que les recours qui auraient été interjetés parallèlement à la demande en revision devront être classés faute d'objet, si la priorité a été accordée à l'examen des motifs de revision⁶⁹⁷. Si la rétractation n'est que partielle, le jugement rescindant mettra un terme à la suspension de la procédure de recours ordonnée suite à l'interjection de la demande en revision, pour autant que les griefs articulés dans le recours parallèle concernent la partie maintenue de l'acte attaqué. Enfin, si la demande en revision est déclarée irrecevable ou mal fondée, la procédure de recours suspendue reprendra son cours dans tous les cas. Le Tribunal fédéral prend en considération les éléments nouveaux apparus lors du rescindant⁶⁹⁸. Il devrait logiquement en aller de même dans l'hypothèse où l'autorité cantonale prendrait la liberté de «confirmer» le jugement attaqué sans l'avoir préalablement annulé.

Il se peut aussi que le jugement dont revision ait été invoqué dans un procès relatif à un litige distinct de celui auquel il avait mis un terme. Selon les circonstances, l'exception de chose jugée à laquelle il aura donné lieu se trouvera convertie en exception de litispendance. Si le jugement n'est produit qu'en tant que moyen de preuve, sa valeur probante se trouvera anéantie dans la mesure de l'annulation, à moins qu'il ne s'agisse précisément de prouver un état de droit né de l'efficacité temporaire du jugement, tel que le statut de tiers de bonne foi.

694 Guldener, ZPR, p. 213; Ramer, p. 26-27; H.P. Marti, p. 86.

695 P. 27.

696 Cf. supra, p. 182.

697 Cf. supra, p. 119 ss.

698 Art. 57 al. 4 OJF; comp. ATF 63 II 183-184, et les hésitations du Tribunal fédéral.

5. *Les voies de recours contre le jugement rescindant*

La décision qui déclare le recours irrecevable peut faire l'objet d'un recours en cassation, si elle émane d'un tribunal inférieur. En matière matrimoniale, l'appel est également recevable⁶⁹⁹. Les plaideurs sont en outre admis à solliciter l'interprétation de la décision d'irrecevabilité, mais ils ne peuvent se pourvoir en revision contre elle⁷⁰⁰.

Au niveau fédéral, le recours en réforme et le recours en nullité sont exclus en principe, parce que la décision ne porte pas sur une prétention de droit civil, mais seulement sur une question de procédure régie par le droit judiciaire privé cantonal⁷⁰¹. Le Tribunal fédéral entre toutefois en matière lorsque la juridiction cantonale suprême déclare une demande en revision irrecevable «par un motif préjudiciel de droit fédéral»⁷⁰², c'est-à-dire lorsqu'elle déduit son refus d'entrer en matière du droit fédéral, et non des dispositions cantonales de procédure. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'autorité retient que le droit privé fédéral s'oppose à la revision d'un jugement de divorce après le décès ou le remariage d'un conjoint divorcé, ou encore lorsqu'une longue période s'est écoulée depuis le jugement de divorce.

Enfin, la décision d'irrecevabilité peut être entreprise par un recours de droit public fondé, notamment, sur une application arbitraire du droit cantonal de procédure, pour autant que la décision attaquée soit de dernière instance. En revanche, le plaideur dont la demande a été déclarée irrecevable n'est pas fondé à se plaindre d'un déni de justice, au motif que la loi de procédure civile applicable n'ouvrirait pas la voie de la revision assez largement au regard de l'article 4 Cst. Une ouverture à revision indépendante du droit cantonal de procédure ne peut être recherchée dans cette disposition⁷⁰³.

Le jugement qui rejette la demande est susceptible des mêmes recours cantonaux que la décision d'irrecevabilité.

Le recours en réforme au Tribunal fédéral n'est pas ouvert, car le rejet de la demande n'équivaut pas à la confirmation du jugement attaqué,

699 ATF 93 II 152 lettres B et C.

700 Art. 412 CPCN.

701 ATF 93 II 153; 45 III 162; II p. 44.

702 ATF 93 II 153; encore faut-il, pour que le recours en réforme soit recevable, que le droit cantonal ait l'obligation de tenir compte du droit fédéral, en ce qui concerne la question préjudicielle litigieuse. Cf. A. Würzburger, in RDS 1975 II 108-109; ATF 103 II 76; 101 II 170.

703 ATF 109 Ia 106.

de sorte que le jugement rescindant ne porte pas sur une prétention matérielle, mais bien sur une prétention procédurale découlant du droit cantonal⁷⁰⁴. Bien que le cas ne se soit pas présenté à notre connaissance, il faut admettre que le jugement qui déclarerait la demande mal fondée en application d'un principe non écrit de droit fédéral serait attaquable par la voie du recours en réforme, dans la mesure où elle émanerait du Tribunal cantonal⁷⁰⁵.

Le recours en nullité n'entrera pas en considération aussi longtemps que la revision ne sera pas reconnue comme une institution relevant du droit fédéral non écrit.

La décision de rejet peut enfin être attaquée par la voie d'un recours de droit public fondé sur l'article 4 Cst, si elle a été prononcée ou confirmée par le Tribunal cantonal.

Le jugement rescindant proprement dit, soit la décision qui accueille le recours, est susceptible des voies de droit cantonales ordinaires, sous réserve de la revision, qui est exclue par l'article 412 CPCN. En vérité, il peut paraître surprenant que l'appel du rescindant soit admissible, puisque, aux termes de l'article 375 CPCN, il ne peut être appelé que d'un jugement au fond. Même si l'on adopte une conception large du jugement au fond, en assimilant cette notion à celle de jugement final⁷⁰⁶, on peut hésiter à attribuer cette qualité au jugement rescindant, celui-ci laissant intacte la question de fond⁷⁰⁷. La jurisprudence retient pourtant que «les jugements de revision sont susceptibles des mêmes recours que les jugements ordinaires, bien que la loi ne le dise pas expressément»⁷⁰⁸. Si elle ne s'appuie pas sur une motivation approfondie, cette pratique confirme l'idée que le procès en revision porte sur deux contestations distinctes, dont la première,

704 ATF 93 II 436; 63 II 183; 62 II 49; 54 II 473; le Tribunal fédéral ne distingue pas toujours clairement la décision d'irrecevabilité et le jugement de rejet (comp. les arrêts cités à la n. 701 supra).

A notre avis, il conviendrait de tenir compte en principe du fait que le jugement qui rejette le recours peut prononcer indirectement sur le fond d'une prétention distincte de celle qui faisait l'objet du litige originaire, telle qu'une créance en réparation du dommage causé par le comportement procédural illicite de l'adversaire (contra, apparemment, Wurzburger, p. 188 i.i.; Birchmeier, p. 162-163; cf. toutefois F. Rüegg, *Das letztinstanzliche kantonale Haupturteil als Voraussetzung für die Berufung an das Bundesgericht*, thèse, Zürich 1942, p. 56 n. 135). Il n'en reste pas moins que le droit de recours se fonde sur le droit cantonal, de sorte que le rejet du recours échappe à la censure du Tribunal fédéral saisi comme juridiction de réforme.

705 ATF 93 II 191; encore faudrait-il que la décision soit déclarée finale au sens de l'art. 48 OJF (cf. supra, p. 148).

706 Cf. supra, p. 150-151.

707 Comp. ATC VIII 297, 554ss.; RJN 3 I 113ss.

708 RJN 7 I 159.

relative à l'existence d'un droit à l'annulation du jugement, est définitivement résolue par l'entrée en force du jugement rescindant.

Le jugement rescindant ne peut faire l'objet d'un recours en réforme ou d'un recours en nullité, pour les raisons exposées à propos du rejet de la demande. De surcroît, la décision d'annulation ne constitue qu'une décision incidente au sens de l'article 48 al. 3 OJF⁷⁰⁹. Elle n'est pas attaquable pour autant en compagnie du jugement final, car il faudrait pour cela qu'elle satisfasse, en tant que telle, aux autres conditions de recevabilité objectives du recours en réforme⁷¹⁰.

S'agissant du recours de droit public, le jugement rescindant est attaquant isolément, en tant que décision incidente, si l'annulation du jugement cause un préjudice irréparable à l'intimé⁷¹¹. Dans un arrêt publié aux ATF 87 I 371 ss., le Tribunal fédéral a estimé que l'annulation du jugement dont la revision avait été obtenue n'engendrait pas un préjudice irréparable pour le défendeur, car elle n'entraînait qu'une prolongation de l'incertitude liée à la réouverture des débats. Or un tel désagrément ne présente pas la nature du préjudice juridique requis par l'article 87 OJF: soit le jugement rescisoire reprend la solution retenue par le jugement attaqué, et l'intimé n'aura subi aucun préjudice, soit il s'en écarte, et l'intimé pourra encore invoquer ces griefs contre le jugement rescindant en s'en prenant au jugement rescisoire, dit le Tribunal fédéral. Notre cour suprême a toutefois envisagé⁷¹² la possibilité d'un préjudice juridique né du décalage temporel séparant le rescisoire du rescindant. Un tel dommage pourrait résulter par exemple de l'impossibilité de disposer du droit litigieux ou de conclure un nouveau mariage. Dans cette mesure, le jugement rescindant rendu par le Tribunal cantonal serait immédiatement susceptible d'un recours de droit public

709 Comp. ATF 105 II 221, 318-319.

710 Birchmeier, p. 171-172; il est vrai que le Tribunal fédéral prend, dans sa jurisprudence récente, certaines libertés à l'égard de ce principe (ATF 107 II 381 ss., et la mise au point de M. Kummer, in ZBJV 1983, p. 231-232).

Au cas où le Tribunal cantonal annulerait le jugement attaqué en se fondant (à tort) sur un principe qu'il tirerait du droit fédéral, un recours en réforme immédiat (art. 50 al. 1 OJF) serait irrecevable à notre avis, car le Tribunal fédéral n'aurait d'autre solution que de renvoyer la cause à l'autorité inférieure (comp. art. 60 al. 1 lit. c OJF, par opposition à l'art. 65 OJF; Birchmeier, p. 229, 238-239). De plus, le recours immédiat n'est recevable en principe que contre une décision incidente relative à une question de fond (ATF 93 II 509; 91 II 62). Quant à savoir si, dans la même hypothèse, le jugement rescindant serait attaquant en compagnie du jugement rescisoire, il semble qu'il faille l'admettre, si l'on se réfère, à titre de comparaison, à la jurisprudence relative au rejet de l'exception de chose jugée, soit à une décision rendue en application du droit fédéral, mais relative à un point de procédure (cf. infra, p. 305). L'application du droit fédéral au lieu du droit cantonal déterminant constitue en effet une violation du droit fédéral: cf., entre autres, ATF 93 II 191; 83 II 348.

711 ATF 106 Ia 228; 105 Ia 48; Kälir, p. 291; Ludwig, p. 170, 179.

712 Arrêt cité dans le texte, p. 374.

fondé sur une violation de l'article 4 Cst. S'il ne subit un préjudice irréparable du fait de l'annulation de l'acte attaqué, le plaideur lésé reste libre d'attaquer le jugement rescindant en dirigeant son recours contre le jugement final du Tribunal cantonal⁷¹³.

6. *Les frais et dépens*

La procédure de recours proprement dite trouvant son épilogue dans le jugement rescindant, les frais et dépens doivent être mis à la charge de la partie qui succombe, sans égard à l'issue finale de la contestation de fond⁷¹⁴. La succombance résulte de la comparaison entre les conclusions du recours et l'étendue de l'annulation ordonnée⁷¹⁵.

III. *Le rescisoire*

1. *L'objet du litige*

Le jugement rescindant a déterminé, expressément, la fraction du jugement annulée, et implicitement, dans la règle, la mesure dans laquelle la procédure doit être reprise. La contestation est à nouveau pendante, comme elle l'était avant le prononcé du jugement anéanti. Lorsque l'acte attaqué a été partiellement maintenu, l'instance se présente comme si certaines questions litigieuses avaient fait l'objet d'un jugement séparé, entré en force isolément et revêtu d'une autorité indépendante. Pour le surplus, la litispendance et ses effets doivent être envisagés dans une perspective de continuité, c'est-à-dire abstraction faite de la rupture provoquée par l'acte attaqué, puis annulé⁷¹⁶. Cette conception rejoint la théorie classique dite du rétablissement antérieur.

Dans la plupart des systèmes modernes, qui rattachent l'autorité de la chose jugée à la date du prononcé du jugement, la renaissance de la litispendance n'engendre pas de difficulté. Les parties sont admises à alléguer des faits survenus depuis l'introduction de l'instance⁷¹⁷, voire même à modifier la cause ou l'objet de la demande. En droit neuchâtelois, en revanche, l'application du principe d'immutabilité peut être à la source d'un décalage

713 H. Marti, p. 96.

714 Tribunal civil du district de Neuchâtel, du 15 novembre 1977, B. c. S.; TC, du 1^{er} mai 1978, S. c. B. (RJN 7 I 157 ss.); dans le même sens, Schüpbach, cassation, p. 320; voir toutefois RJN 1983 p. 86; 3 I 147.

715 RJN 7 I 213 ss.

716 Comp. Strâuli/Messmer, n. 3 ad § 298 ZPO.

717 Voir par exemple le § 115 ZH.

important entre la situation litigieuse telle qu'elle se présente au moment où le tribunal est appelé à statuer sur le rescisoire et l'état de la contestation à la date de l'introduction de l'instance, que l'autorité doit placer en principe à la base de son jugement⁷¹⁸. Le litige étant individualisé au jour de la litis-contestation, sous réserve des exceptions dont il a déjà été question plus haut⁷¹⁹, rien n'empêche les parties d'agir par une nouvelle demande, aux fins d'obtenir la protection du juge en ce qui concerne les faits survenus dans l'intervalle, propres à fonder une prétention nouvelle. Sur ce point, la procédure neuchâteloise n'est sans doute pas la plus rationnelle que l'on puisse imaginer, mais les inconvénients pratiques qu'elle engendre peuvent être évités, dans une certaine mesure, par le mécanisme de la jonction de cause. Même si elle peut se révéler peu économique en certaines circonstances, la théorie du rétablissement antérieur a le mérite d'une certaine prévisibilité, en comparaison de la doctrine des instances autonomes.

Comme sa désignation l'indique, la théorie des instances autonomes part de l'idée que l'instance ouverte par l'annulation de l'acte attaqué n'est pas la continuation de celle à laquelle le jugement anéanti avait mis fin⁷²⁰, mais qu'il s'agit d'un nouveau rapport juridique indépendant. Dans cette optique, il est permis aux parties de proposer des faits et des moyens nouveaux «postérieurs ou antérieurs à la cassation ou à la décision annulée (...), s'il ne se heurte pas un moyen que l'adversaire tirerait de leur tardivité ou de leur déchéance»⁷²¹. Indépendamment de l'imprécision des critères en fonction desquels les notions de tardivité et de déchéance devraient être définies, cette théorie nous paraît peu convaincante. Y souscrire revient à admettre que le premier procès s'achève en queue de poisson et que la seconde instance, introduite par le recours extraordinaire, aboutit à un jugement au fond. Il y a là un artifice inutile et peu compatible avec la théorie générale de l'objet du litige⁷²². Au reste, nous ne voyons pas pourquoi l'annulation toucherait «l'effet d'incontestabilité» du jugement, et non pas son effet extinctif d'instance⁷²³. Une telle distinction n'est nullement nécessaire à expli-

718 RJN 5 I 143 ss.

719 Cf. supra, p. 107 ss.

720 Cf. Schüpbach, cassation, p. 306; «S'il en était ainsi [c'est-à-dire si l'on optait pour la théorie du rétablissement antérieur], la seule cassation devrait saisir automatiquement le juge a quo. Or tel n'est pas le cas». Tel est précisément le cas en matière de revision. De plus, le juge a quo est compétent pour statuer au fond, alors même qu'il serait survenu une modification dans la loi (Rust, p. 166) ou les circonstances (GVP 1952 N° 32) qui fondaient sa compétence originnaire.

721 Schüpbach, cassation, p. 316.

722 Cf. Haus, p. 191 ss.

723 Schüpbach, cassation, p. 307; voir pourtant Schüpbach, vices, p. 86; dans le même sens qu'ici, Extraits 1956 p. 116; Osterwalder, p. 39.

quer qu'un jugement vicié puisse jouir d'une efficacité temporaire; elle ne l'est pas plus à la compréhension du mécanisme en vertu duquel le retour à l'état antérieur n'efface pas toutes les opérations procédurales couvertes par la rétroaction. La réforme d'une demande n'entraîne pas création d'une nouvelle instance; la loi prescrit au contraire la conduite à tenir pour éviter l'extinction de l'instance. Or le rétablissement antérieur que permet la réforme n'affecte pas l'efficacité de certains actes bénéficiant d'une portée objective indépendante. Il en va de même en matière de revision. Enfin, la théorie du rétablissement antérieur ne signifie pas que le procès «rétrograde dans le temps»⁷²⁴. Il reprend, par l'effet de l'annulation, tout comme il pourrait reprendre après une suspension durable de la procédure. La théorie des instances autonomes n'a pas sa place en droit neuchâtelois de la revision.

En résumé, le rescisoire a le même objet que le procès auquel l'acte annulé avait mis un terme. Il se caractérise par les mêmes données temporelles. Cependant, l'écoulement du temps impliquera souvent une mise à contribution des moyens permettant l'intégration d'éléments nouveaux au dossier.

2. *Les nova*

On ne reviendra pas sur les restrictions au principe d'immutabilité qui résultent de l'ordre public, du droit fédéral et des articles 160 et 161 CPCN. En ce qui les concerne, la phase du rescisoire ne se singularise pas par rapport à la marche d'une instance ordinaire. Il en va de même des cas particuliers dans lesquels la jurisprudence a admis qu'un plaideur allègue un fait survenu en cours d'instance. Une partie pourra donc opposer compensation ou soulever l'exception de prescription au stade du rescisoire, comme elle serait en droit de le faire au cours d'une instance ininterrompue.

Lorsque le tribunal est tenu de statuer sur la situation existant au jour du jugement, il lui appartient d'ordonner l'administration de nouvelles preuves, s'il en est requis. Un nouveau tour de preuves ne saurait être refusé, par exemple, aux parties à un procès en responsabilité relatif aux suites dommageables de lésions corporelles causées de manière illicite (article 46 al. 2 CO). On peut toutefois se demander s'il s'agit là d'un droit inconditionnel et, d'une manière plus générale, si les parties doivent être admises à cor-

724 Schüpbach, cassation, p. 307.

riger au stade du rescisoire les erreurs qu'elles auraient commises avant le prononcé du jugement annulé.

La revision ne peut être accordée, on s'en souvient, qu'au plaideur qui justifie avoir fait preuve de diligence. Il serait donc paradoxal d'abandonner toute rigueur à son égard, une fois son recours déclaré fondé. La doctrine allemande refuse cette contradiction de façon unanime⁷²⁵: les déchéances encourues en cours d'instance subsistent, les aveux des parties conservent leur force, à moins que l'aveu ou la déchéance se révèle être la résultante du motif de revision. La logique voudrait qu'en droit neuchâtelois également, le tribunal apprécie librement la mesure dans laquelle de nouvelles allégations sont admissibles, ce qui déterminerait l'étendue objective d'un complément de preuve éventuel. Or l'institution de la réforme est de nature à contrarier cette volonté de sélection, puisqu'elle a précisément un caractère foncièrement non sélectif. Il faut donc déterminer si la réforme est admissible au stade du rescisoire et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point et à quelles conditions.

Pour H. Schüpbach, la réforme peut avoir lieu devant le juge de renvoi saisi par la Cour de cassation, mais elle n'a de vertu que sur les actes de procédure accomplis devant le juge de renvoi⁷²⁶. Ce point de vue est parfaitement conforme à la théorie des instances autonomes, à laquelle se rallie cet auteur. Il conduit à un résultat apparemment séduisant, car il donne à croire que les parties ne peuvent réparer leurs négligences passées devant le juge de renvoi. Or il n'en est pas nécessairement ainsi: s'il y a lieu à complément de preuve en instance de renvoi, les plaideurs seront admis à solliciter l'administration de preuves nouvelles, sur un thème circonscrit en fonction du motif de revision admis par le tribunal. Ils pourront donc aussi se réformer de leur état de preuves complémentaires. S'ils ont cette faculté, ils ne sont pas privés, a priori, de la possibilité d'invoquer de nouvelles preuves à l'appui d'un fait allégué dans la demande, mais qui n'avait fait l'objet d'aucune offre de preuve. Ce n'est donc pas le tout de limiter les actes susceptibles de réforme, si l'on ne dit rien de la portée objective de la restitution tolérable.

Puisque la rétractation du jugement recrée litispendance au fond, il faut admettre que la réforme peut avoir lieu au stade du rescisoire. Pour la même raison, on retiendra que l'utilisation de cet instrument, avant le pro-

725 Stein/Jonas, n.m. 5 ad § 590 ZPO; Thomas/Putzo, n.2 ad § 590 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 162 IV 3; Baumbach/Lauterbach, n.2 ad § 590 ZPO; Gilles, Umfang, p. 88-89; Systematik II, p. 391 ss., 396, 400-405; Rechtsmittel, p. 123-124.

726 Schüpbach, cassation, p. 316.

noncé du jugement annulé, déchoit son auteur du pouvoir de se réformer à nouveau au rescisoire⁷²⁷. Qu'en est-il d'une réforme survenue au cours du rescindant? Consomme-t-elle définitivement le droit à la réforme? Tel nous paraît être le cas: si la procédure de revision comporte deux phases et porte sur deux contestations distinctes, elle s'inscrit néanmoins dans une même cause. Le rescisoire constitue un authentique prolongement procédural du rescindant, et non seulement du procès originaire⁷²⁸. Le jugement rescindant n'entraîne pas une rupture du lien juridique d'instance, auquel se rattache la notion de cause au sens de l'article 77 CPCN. D'une part, le tribunal est fondé, lorsque la nature de l'affaire le permet, à joindre le rescindant et le rescisoire; d'autre part, la doctrine⁷²⁹ admet à juste titre que les actes d'instruction exécutés lors du rescindant ne doivent pas être répétés au stade du rescisoire.

La réforme qui survient au cours du rescisoire ne peut évidemment se rapporter à un acte ressortissant au rescindant, puisque le jugement rescindant a définitivement statué sur le droit à l'annulation de l'acte attaqué. Elle peut en revanche avoir trait, théoriquement du moins, à un acte de procédure exécuté avant l'annulation du jugement, alors même que cet acte ne serait nullement touché par le motif de revision. Supposons par exemple une contestation relative à une créance fondée sur un contrat de vente. Le défendeur conteste la conclusion du contrat et nie avoir reçu la chose. Un témoin suborné confirme ses allégations, avant d'être condamné pour faux témoignage. Le demandeur, débouté, obtient la revision du jugement. L'intimé n'est pas déchu, en principe, du droit de se réformer de sa réponse et d'alléguer que la chose vendue était affectée d'un grave défaut. Il lui est donc loisible, théoriquement toujours, de contourner les effets de la décision implicite ou explicite par laquelle le tribunal délimite la reprise de la procédure. Une telle réforme est abusive. Le défendeur a négligé une allégation essentielle pour lui préférer le parti du mensonge; il doit en subir les conséquences.

La réforme peut en revanche être admise lorsqu'elle tend à incorporer à l'état de fait litigieux un événement survenu après l'introduction de l'instance ou après le prononcé du jugement annulé. Ce procédé illogique a

727 Il est sans importance à cet égard que la première réforme ait porté sur un acte privé d'efficacité par la rétractation. L'acte de réforme a, en tant que tel, une portée objective indépendante. C'est pour cette raison qu'une partie ne peut, par exemple, se réformer d'un état de preuves, puis, ultérieurement, se réformer de sa demande en entier, en soutenant que la seconde réforme «couvre» la première et la rend non avenue.

728 Le point de vue contraire n'est pas insoutenable.

729 Cf. infra, p. 294 i. f.

été décrié plus haut⁷³⁰, mais si la jurisprudence le tolère dans le cadre d'une instance ordinaire, nous voyons mal qu'il puisse être exclu du seul fait que la procédure serait reprise après revision. Si l'on réserve les questions litigieuses définitivement tranchées par un jugement incident qui n'aurait pas été remis en cause dans le recours, les plaideurs devraient logiquement être admis à réactualiser les données de la contestation au moyen de la réforme. Il n'est même pas interdit de penser qu'ils peuvent l'être à modifier l'objet du litige, en altérant l'état de fait allégué, en changeant la nature des conclusions ou en enrichissant la contestation de demandes et de défenses nouvelles. En revanche, toute réforme qui tendrait à détourner la procédure de revision de son but – notamment celle par laquelle son auteur entendrait échapper à une foreclusion encourue fautivement lors du procès original – doit être refusée à notre avis pour être abusive. L'intérêt de l'adversaire prévaut sur celui de la partie fautive, qu'il s'agisse de l'intimé ou du recourant.

S'agissant des preuves nouvelles, les offres des parties ne sont pas de nature, en tant que telles, à heurter le principe d'immutabilité. Le tribunal peut les écarter, si elles ne se rapportent pas à un fait valablement allégué ou qu'il doit prendre en considération d'office. Comme ci-dessus, une offre de preuve ne peut être retenue, qu'il y ait eu réforme ou non, si elle est censée permettre la réparation d'une abstention qui n'aurait pas été déterminée par le motif de revision.

3. *L'instruction et les débats*

Le procès reprend son cours devant le tribunal compétent pour prononcer au fond, sous l'impulsion d'une citation à suivre en cause ou d'une décision impartissant un délai pour accomplir l'acte à partir duquel le procès doit être repris. Dans la règle, il s'agit de l'autorité qui a statué sur le rescindant. Il arrive toutefois que le dossier soit transmis à un tribunal distinct. Un tel transfert peut être nécessité par une modification des conclusions de la demande ou par le fait que le jugement rescindant aurait été déféré à une autorité supérieure par un recours dévolutif.

De l'avis de M. Guldener⁷³¹ et B. Oehler⁷³², le tribunal peut se dispenser de répéter les opérations probatoires conduites lors du rescindant. L'opinion contraire procéderait de la conception inutilement rigide, et

730 Cf. *supra*, p. 111.

731 ZPR, p. 535 n. 28.

732 P. 82, implicitement.

contestable par ailleurs, en vertu de laquelle le jugement rescindant consacrerait une rupture d'instance. De même, les parties ne sont pas astreintes à formuler à nouveau leurs conclusions nouvelles ou à réalléguer les faits nouveaux énoncés dans le recours, la réponse ou les observations qui s'y rattachent.

Les parties accessoires à la procédure de recours conservent leur qualité par la suite, si elles sont intéressées à l'issue finale de la contestation. L'intervenant ou le dénoncé qui avait participé à la procédure principale, mais non à l'instance de recours, recouvre son statut, à moins que la partie représentée ait fait connaître son intention de révoquer la procuration donnée à l'époque au dénoncé.

Le défaillant réintègre cette qualité après rétractation du jugement prononcé par défaut, à moins que le motif de revision ne se rapporte aux conditions dans lesquelles le défaut avait été prononcé.

Au surplus, les opérations se succèdent selon les formes et dans les délais valables pour le type de procédure applicable au litige considéré. S'il porte sur un droit librement disponible, les plaideurs retrouvent la faculté d'y mettre un terme par acquiescement, désistement ou transaction.

On l'a vu plus haut⁷³³, s'il y a rétractation, les parties doivent être mises en mesure de plaider à nouveau le fond. Nous ne voyons qu'une exception à cette règle: l'hypothèse dans laquelle un arrêt de la Cour de cassation ferait l'objet d'une demande en revision, aux fins de faire déclarer le pourvoi irrecevable ou mal fondé. La Cour statuant en principe sans débats, elle est fondée à le faire également après avoir rétracté son arrêt.

4. *Le jugement rescisoire*

A. *Nature*

Le jugement rescisoire met un terme au litige originaire, comme si la procédure s'était déroulée normalement. Il n'a pas nécessairement la même nature procédurale ou matérielle que l'acte attaqué. Un jugement constitutif pourra être converti en jugement déclaratif et réciproquement. Un jugement déclaratif pourra se transformer en jugement condemnatoire et inversement. Le jugement attaqué statuait-il sur le fond, le jugement rescisoire écartera peut-être la demande par un motif de procédure. Une déci-

733 Cf. supra, p. 276.

sion finale a-t-elle été entreprise par la demande en revision, le jugement rescisoire pourra fort bien n'avoir qu'un caractère incident, en particulier si l'acte attaqué émanait d'une autorité de recours.

La juridiction saisie recouvre sa liberté d'appréciation et de décision. Une *reformatio in pejus* se conçoit donc parfaitement⁷³⁴, mais il faut délimiter son objet: il se peut en effet que l'acte attaqué ponctue une instance à laquelle s'applique la prohibition de la *reformatio in pejus*, comme l'instance d'appel. Par conséquent, la *reformatio in pejus* sera possible par rapport aux conclusions prises en appel, mais non par rapport au dispositif du jugement frappé d'appel. Ainsi, si le jugement de divorce octroie une rente mensuelle de Fr. 1000.- à l'épouse innocente, et si le Tribunal cantonal porte cette rente à Fr. 1200.-, alors que l'appelante en réclamait Fr. 1400.-, la rétractation du jugement sur appel, suite à une demande en revision formée par l'appelante, permettra au tribunal de fixer la rente à Fr. 1100.-, mais non à Fr. 900.-.

B. *Effets*

Le jugement rescisoire déploie les mêmes effets que tout autre jugement rendu indépendamment d'un procès en revision. Il prend effet *ex nunc*, à moins que le droit matériel ne prescrive un effet *ex tunc*⁷³⁵. La situation litigieuse est arrêtée à la date de l'introduction de l'instance originaire ou à celle du jugement rescisoire, selon que le principe d'immutabilité s'applique ou non. Il arrive aussi qu'elle le soit à une date intermédiaire, lorsque la fraction annulée du dispositif n'est que l'accessoire du ou des chef(s) maintenu(s), si l'ensemble de la contestation est soustraite à l'application du principe d'immutabilité. Il a été jugé, en particulier, que la rétractation du jugement relatif aux seuls effets accessoires du divorce replaçait la contestation dans l'état où elle se trouvait lors du prononcé du divorce. Cependant, dans la mesure où le tribunal est appelé à supputer la situation future des parties, il «ne saurait se contenter d'hypothèses rétroactives, alors qu'il connaît parfaitement la situation réelle»⁷³⁶.

734 Anastasi, p. 250; il n'en va pas forcément de même dans l'option réformatoire: H. P. Marti, p. 78.

735 Guidener, ZPR, p. 213 n. 28.

736 TC, du 5 novembre 1979, S. c. B., réformé par le Tribunal fédéral, mais «confirmé» sur ce point précis.

Le décalage temporel entre les effets du jugement rescindant et ceux du jugement rescisoire signifie notamment que même si le jugement rescisoire a une teneur identique à celle du prononcé qu'il remplace, et même s'il est joint au jugement rescindant dans un acte juridictionnel unique, les effets du rescindant n'en sont pas annulés pour autant. Les conséquences de cet état de choses peuvent se révéler embarrassantes en pratique, surtout lorsque le jugement entrepris avait un caractère constitutif. Les dispositions prises par les parties sur la base de l'acte annulé perdent en effet leur cause.

La question partage la doctrine allemande. Alors que les puristes s'opposent catégoriquement à une « confirmation sans annulation » de la décision entreprise⁷³⁷, certains auteurs tolèrent une brèche dans la logique du système, pour des raisons de pure opportunité⁷³⁸. Bien qu'il soit douteux, nous ne pensons pas que le mécanisme puisse être taxé d'arbitraire. En tant que le jugement rescindant n'annulerait pas l'acte attaqué, il n'emporterait certes pas les conséquences matérielles attachées à son effet destructeur, ce qui aggraverait la situation procédurale du recourant, en ce qui concerne les prétentions connexes nées du motif de révision. Il ne faut toutefois pas oublier que le bien-fondé de celles-ci dépend dans une large mesure de la solution finale donnée au litige originaire. Si le jugement rescisoire a la même teneur que l'acte rétréci, le recourant aura de toute manière le plus grand mal à établir que le comportement illicite sur lequel il a fondé son recours lui a causé un dommage⁷³⁹. De même, la prétention en restitution de l'indû ou d'un objet, actualisée par le jugement rescindant, se trouvera aussitôt paralysée par la prétention inverse reconnue dans le jugement rescisoire. Il n'est donc pas certain qu'une simple confirmation du jugement attaqué pénalise véritablement le recourant, pour autant que le calcul des frais et dépens soit effectué en considération de sa victoire en instance de recours.

737 Jauernig, *Zivilurteil*, p. 133; ZPR, p. 273; Gilles, *Umfang*, p. 38; *Systematik I*, p. 467-468; *Systematik II*, p. 392; *Rechtsmittel*, p. 120-121; Baumbach/Lauterbach, n. 3 A b ad § 590 ZPO; Rosenberg/Schwab, § 162 IV 3; Schiedermair, p. 352, implicitement.

738 Stein/Jonas, n.m. 2 ad § 578, 10 ad § 590 ZPO; Thomas/Putzo, n. 3 ad § 590 ZPO. B. Wiczorek, B II d 1-2 ad § 578, D II c 1 ad § 590 ZPO, prend franchement le contre-pied de la doctrine largement dominante, en affirmant en substance que le recours n'est fondé que si le jugement attaqué est modifié (option réformatoire).

739 Il faut toutefois réserver l'hypothèse dans laquelle le dispositif devrait être maintenu pour des raisons autres que celles qui en avaient justifié la teneur initiale (cf. l'exemple de la p. 272 supra). Dans ce cas, il est impératif à notre avis que le jugement soit cassé.

Lorsqu'il porte sur une décision rendue par une autorité de recours, le jugement rescisoire peut avoir la vertu de restituer sa pleine efficacité à un acte juridictionnel anéanti à tort. Il en est ainsi, par exemple, si le Tribunal cantonal a été frauduleusement induit à entrer en matière sur un appel tardif. La conversion du jugement au fond en décision d'irrecevabilité provoque l'entrée en force du jugement de première instance.

5. *Les voies de recours contre le jugement rescisoire*

Le jugement rescisoire peut faire l'objet des mêmes recours qu'une décision de teneur identique qui aurait été rendue indépendamment d'une procédure de revision, sous deux réserves.

D'abord, lorsque le tribunal décide de confirmer la décision attaquée sans l'annuler, son prononcé n'est susceptible que des recours ouverts contre le rescindant même si, en fait, l'autorité a examiné le fond de la cause⁷⁴⁰.

Ensuite, le jugement rescisoire n'est pas susceptible d'être attaqué par une nouvelle demande en revision formée par la partie qui a obtenu la rétractation du jugement primitif. L'intimé, en revanche, n'est pas déchu de son droit de recours du fait que le recourant a épuisé le sien⁷⁴¹.

6. *Les frais et dépens*

En statuant à nouveau, le tribunal réajuste la répartition des frais et dépens exprimée dans le jugement annulé. Il fixe également ceux du rescisoire voire, cas échéant, ceux du rescindant, en tenant compte du résultat de chaque phase de l'instance en revision. La partie convaincue d'avoir usé de procédés de mauvaise foi pourra être condamnée à supporter tout ou partie des honoraires du mandataire de son adversaire. Une amende peut être mise à sa charge⁷⁴².

740 Cf. cependant ATF 84 II 140.

741 Voir *supra*, p. 184.

742 Art. 369 CPCN.

III. Partie critique

1. La liberté du législateur cantonal en matière de revision

I. Introduction

«Je ne vois aucune nécessité d'incorporer totalement ce principe de procédure civile [l'autorité de la chose jugée] au droit matériel, ce qui entraînerait la conséquence que la revision des jugements devrait elle aussi devenir une institution de droit fédéral: où se trouve la base légale pour faire cela?»¹. Telle est la question que se posait le juge fédéral Comment à la 95^e Assemblée annuelle de la Société suisse des Juristes, le 24 septembre 1961.

Près d'un quart de siècle plus tard, on peut se la poser encore, au regard des développements les plus récents de la doctrine et de la jurisprudence relatives au droit judiciaire privé suisse. Ce sont en effet les limites de la liberté que le droit fédéral laisse aux cantons, en ce qui concerne l'aménagement du recours en revision, qui nous intéressent au premier chef, à ce stade de nos recherches. Après nous être efforcé de les définir, nous nous permettrons quelques critiques à l'égard du Code de procédure actuellement en vigueur dans le canton de Neuchâtel, non seulement dans ses dispositions relatives au recours en revision, mais également en celles qui nous paraissent entraver les aspirations plus générales que ce moyen est appelé à satisfaire.

On sait que le législateur fédéral s'est estimé compétent pour régler les conditions de forme du pourvoi en revision en matière pénale². Il l'a fait en se fondant sur une disposition constitutionnelle – l'article 64^{bis} Cst – présentant une analogie évidente sur le plan littéral, avec l'article 64 Cst, qui a trait à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine du droit civil. Le législateur fédéral ayant justifié son immixtion sur le terrain de la procédure pénale par le motif, inévitable, que l'unification des conditions matérielles d'admission du pourvoi en revision était nécessaire à l'application uniforme du droit pénal³, on peut être tenté de s'inspirer de son raisonnement pour suggérer une solution identique en

1 RDS 80 II 427.

2 Art. 397 CPS.

3 Clerc, p. 41.

droit privé. La démarche nous paraît peu prometteuse. Assumant des fonctions radicalement différentes, le droit civil et le droit pénal posent chacun leurs exigences propres quant à la réalisation des principes qu'ils contiennent. Ce qui vaut pour l'un ne vaut pas nécessairement pour l'autre⁴. Nous nous en tiendrons donc aux relations entre le droit privé et la procédure civile, dans les remarques qui suivent.

La citation figurant en tête de ce paragraphe porte une double affirmation: celle, d'abord, que l'autorité de la chose jugée ne relève pas du droit matériel; celle, ensuite, que la revision doit partager le même sort que l'autorité de la chose jugée. L'une et l'autre méritent examen. Il faut toutefois relever qu'une institution peut relever du droit fédéral sans se rattacher pour autant au droit matériel, et inversement. D'autre part, si le voisinage logique de la chose jugée de la revision saute aux yeux, il se trouve également d'autres notions, étroitement liées à celles-ci, et qui se situent aussi à proximité de la limite séparant le fond de la forme. Tel est le cas, notamment, du droit d'action, du fardeau de l'allégation, du droit à la preuve. La qualification même de l'acte de procédure a évolué, de sorte qu'on a vu se multiplier, dans les lois de procédure récentes, un renvoi au régime d'invalidité fixé par les lois civiles. Ce n'est donc pas exclusivement dans la relation du recours en revision à l'autorité de la chose jugée qu'il faut rechercher la vraie nature de ces institutions, mais plutôt dans la place que ce couple occupe aux frontières du droit de fond et du droit de procédure.

II. *Droit matériel et droit de procédure*

De nos jours, on admet que le droit matériel et le droit de procédure sont deux matières distinctes, bien qu'interdépendantes. La théorie moniste, qui ne voit dans le droit de fond et sa réalisation judiciaire que les deux facettes d'une même réalité, n'est pas parvenue à s'imposer dans notre pays⁵. Le droit matériel se rattache au droit privé, le droit de procédure au droit public. Cependant, la procédure a, d'après la doctrine, un objet tellement spécifique qu'on ne peut lui appliquer sans autre les critères de démarcation classiques entre le droit privé et le droit public⁶.

4 Voir Desbiolles, p. 28ss.; Walder, Wiederaufnahme, p. 352.

5 Guldener, ZPR, p. 54; Roth-Grosser, p. 33.

6 Il n'y a pas unanimité quant à savoir si la procédure civile entre dans les prévisions de l'art. 6 CC; cf. Eichenberger, p. 487, et les références; Deschenaux, p. 19; ATF 104 II 108.

Les définitions du droit privé et de la procédure sont nombreuses. Selon M. Guldener, le droit matériel (privé) règle la naissance, la modification, l'extinction et la substance des droits et des relations juridiques entre individus placés sur un pied d'égalité, alors que le droit judiciaire régit l'organisation des tribunaux, leur tâche et la procédure selon laquelle ils fonctionnent⁷. Cette définition correspond, dans les grandes lignes, à celle de M. Kummer⁸, ainsi, dans sa deuxième partie, qu'à celle de W. J. Habscheid⁹. Elle a été contestée, pour être trop étroite, par H. U. Walder¹⁰ et I. Meier¹¹, qui s'inspirent tous deux de W. Henckel¹². En effet, certaines institutions purement procédurales peuvent exercer une influence décisive sur l'existence et le contenu d'un droit privé subjectif¹³. Ces auteurs proposent donc une délimitation fondée sur la distinction suivante:

«Das Prozessrecht ist der Inbegriff aller Normen, welche das menschliche Verhalten vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt aufgerufenen Rechtspflegeorgan begegnen.»

Cela posé, il n'y a pas de procédure sans droit de fond, pas de «Rechtspflege» sans «Recht». D'où une floraison d'expressions marquant la subordination de la procédure, son caractère dérivé, secondaire, son rôle «ancillaire», voire servile¹⁴.

Le droit de procédure doit servir le droit de fond, mais jusqu'à quel point? A un extrême, la dépendance dévote; à l'autre, une résistance limitée par la seule interdiction de rendre impossible l'application du droit privé.

Lorsque les deux matières sont régies par la même collectivité, la question ne se pose pas. Le législateur recherche la mise en œuvre judiciaire la meilleure possible de son droit de fond, ce qui n'est déjà pas simple. Le malheur veut, en Suisse, que pour ménager les susceptibilités fédéralistes, le constituant ait choisi de réserver aux cantons le domaine de la procédure, tandis que la Confédération obtenait la compétence de légiférer sur le droit de fond. C'est ainsi que l'opposition droit fédéral/droit cantonal est venue se superposer sur les dichotomies droit de fond/droit formel, droit privé/

7 Bundesprivatrecht, p. 3; ZPR, p. 54.

8 Klagerecht, p. 3.

9 DJP, p. 10.

10 ZPR, p. 26.

11 Iura, p. 9; Grundlagen, p. 8.

12 Prozessrecht, p. 19ss., 24-25.

13 ATF 108 II 340 c. 2 i. f.; 104 Ia 110-111; 87 I 68; 67 II 75; Guldener, Bundesprivatrecht, p. 16 n. 37, 405-406; comp. Voyame, p. 102ss.

14 Cf. supra, p. 25 n. 16.

droit public. Il ne suffit plus de savoir si une institution relève de la procédure, de la forme, il faut encore se demander, à l'intérieur de la matière vasale, jusqu'où le suzerain étend ses exigences unificatrices.

III. *Droit fédéral et droit cantonal*

1. *En général*

Lorsque la compétence de légiférer sur toutes les matières du droit civil fut attribuée à la Confédération, la plupart des juristes se préparèrent à l'idée d'une unification de la procédure¹⁵, qui paraissait inéluctable. La première guerre mondiale brisa l'élan unificateur, perpétuant jusqu'à nos jours les relations figées que l'on connaît.

Le droit privé fédéral dit si une prétention est protégée, le droit de procédure cantonal définit comment elle l'est¹⁶. Les commandements du droit privé sont d'application immédiate; ils ne se limitent pas à un postulat à l'adresse des cantons¹⁷. Les interventions du législateur fédéral dans le domaine de la procédure ont été assez hardies, mais elles ne concernent guère le domaine qui nous intéresse¹⁸. Le Tribunal fédéral fit preuve, quant à lui, d'une assez grande retenue, laissant les cantons libres de se donner une procédure peu pratique¹⁹, n'intervenant dans ce domaine que lorsque c'était indispensable à la réalisation du droit matériel²⁰, et interprétant de façon restrictive les empiètements sur les compétences que la Constitution réserve aux cantons en matière de procédure²¹. On relève certes une tendance générale au rétrécissement de la liberté réservée aux cantons dans le domaine de la procédure²², mais il arrive aussi que le Tribunal fédéral reconnaisse au droit cantonal des prérogatives d'une étendue parfois surprenante²³.

Personne ne prétend plus, à l'heure actuelle, que les cantons sont tenus d'aménager un droit judiciaire réalisant une mise en œuvre idéale du

15 J. Castella, in RDS 1961 II 437.

16 Guldener, ZPR, p. 69; cf. aussi ATF 104 Ia 105ss.

17 Guldener, Bundesprivatrecht, p. 21.

18 Voyame, p. 88ss.; Walder, ZPR, p. 29-31.

19 ATF 85 II 108.

20 Cf. par exemple ATF 96 II 437; 84 II 495; voir aussi A. Wurzbürger, in RDS 1975 II 109-110.

21 ATF 107 II 236; 94 II 214.

22 Cf. ATF 105 II 144-145; 104 Ia 105ss.; 95 II 639ss.; 90 II 407ss.; 89 II 340, pour ne prendre que quelques têtes de pont.

23 Voir par exemple ATF 110 II 48-49; 108 II 337ss.; 94 II 348ss.; 92 II 107ss.; cf. aussi M. Kummer, in ZBJV 1968 p. 142-143; 1970 p. 130-131; 1981 p. 160ss.

droit de fond. S'agissant des principes, l'opinion générale s'est stabilisée dans une marge située entre le nécessaire et l'indispensable. Les uns préconisent une ingérence fédérale lorsqu'il le faut, les autres l'acceptent lorsqu'il le faut absolument²⁴. Pour ce qui est de la qualification plus concrète, on quitte assez rapidement les eaux limpides²⁵. A titre d'exemple, on relèvera que le Tribunal fédéral lui-même se demande aujourd'hui encore si les exigences fédérales en matière d'allégation découlent du droit d'action ou de l'article 8 CC²⁶.

Il convient donc de reprendre quelques notions fondamentales logiquement proches de la revision, au seul regard de l'ordre juridique et de la matière auxquels la doctrine et la jurisprudence les rattachent.

2. *Le droit d'action*

Depuis la thèse d'habilitation de M. Kummer²⁷, il n'est plus contesté que, selon un principe de droit matériel fédéral non écrit, le justiciable a le droit d'obtenir qu'il soit statué sur le fond d'une prétention qu'il déduit du droit privé fédéral, pour autant qu'il justifie d'un intérêt suffisant²⁸. Cependant, pour que la protection accordée par le droit privé soit complète, il faut aussi que la décision au fond qu'il garantit ne puisse plus être discutée.

3. *L'objet du litige*

Selon une tendance nettement dominante en doctrine et dans la jurisprudence, c'est le droit fédéral qui définit l'objet du litige. Les motivations placées à l'appui de cette affirmation varient²⁹. Certains auteurs, et non des moindres, considèrent en revanche qu'il appartient en principe au

24 Sur ces nuances, cf. Eichenberger, p. 490ss.; Kummer, *Klagerecht*, p. 6ss.; Meier, *Jura*, p. 12ss., 15; Walder, *ZPR*, p. 33.

25 Qu'on nous permette au passage d'exprimer notre pleine adhésion à la position prise par le professeur Graven, lors de la 95^e assemblée de la Société suisse des juristes (RDS 1961 II 416-417; comp. op. cit., p. 443-444, 445-446). La théorie et la pratique de droit sont déjà assez compliquées, dans leurs vrais problèmes, pour qu'on s'efforce de simplifier ce qui est simplifiable, plutôt que de s'entortiller inutilement l'esprit sur des questions préalables embrouillées qui pourraient être résolues d'un seul trait de plume (sur l'art. 64 al. 3 Cst).

26 ATF 108 II 339-340.

27 P. 20ss., 21.

28 ATF 108 II 339; 101 II 377-378; 98 II 344; cf. aussi Guldener, *Bundesprivatrecht*, p. 24-25; intérêt défini par le droit fédéral: ATF 110 II 352ss.

29 Haus, p. 28-29.

droit cantonal de procédure de déterminer si deux litiges portés en justice sont identiques³⁰. Quant à M. Kummer, dont les écrits donnent lieu à des interprétations divergentes, il estime que c'est l'affaire exclusive du droit civil de décider si l'objet du litige (*Streitgegenstand*) est identique dans deux litiges successifs³¹, mais que le droit de procédure cantonal est libre d'autoriser une modification de l'objet du litige en cours d'instance³².

A notre avis, la confusion qui règne à propos de la qualification de l'objet du litige provient pour partie des régimes différenciés que le Tribunal fédéral réserve à la litispendance et à l'autorité de la chose jugée, d'une part, et de la controverse relative au rattachement de la chose jugée, d'autre part. En principe, un jugement clôt une contestation. S'il y met un terme, c'est qu'il porte sur ce qui faisait l'objet du litige. Pourtant, le tribunal peut accorder quelque chose qu'aucun plaideur ne lui avait demandé. Il peut aussi omettre de statuer sur telle conclusion. Les deux notions doivent donc être distinguées.

4. *La litispendance*³³

Pour le Tribunal fédéral, il appartient en principe aux cantons de déterminer les effets procéduraux de la litispendance³⁴. En l'état actuel, le droit fédéral n'est violé que si la demande est rejetée à tort pour être identique. Il ne l'est pas si le juge méconnaît l'exception de litispendance. Dans l'arrêt *Hafinag AG*³⁵, le Tribunal fédéral a toutefois ouvert la porte à une harmonisation des solutions en ce qui concerne la litispendance et la chose jugée.

5. *La chose jugée*³⁶

Depuis l'arrêt *Küng*³⁷, notre cour suprême considère que le droit fédéral détermine s'il y a identité entre une demande nouvelle et un litige

30 Guldener, *Bundesprivatrecht*, p. 18; Meier, *ibid.*, p. 35; Haus, de façon plus nuancée, p. 30 ss., 45.

31 *Klagerecht*, p. 66.

32 *Klagerecht*, p. 106.

33 S'agissant de la litispendance, aucun doute n'est permis: la question de l'identité ne peut se poser qu'au regard de l'objet du litige.

34 ATF 105 II 231; 98 II 158; 96 II 449; 85 II 83; 80 I 261.

35 ATF 105 II 231.

36 Concernant la chose jugée, il y a controverse quant à savoir si elle se rapporte à l'objet du litige ou à l'objet du jugement (cf. *infra*, p. 306).

37 ATF 95 II 639 ss.

déjà tranché³⁸. Le droit fédéral ne tolère ni que l'exception de chose jugée soit protégée à tort, ni qu'elle soit écartée alors qu'il y aurait identité selon lui. L'argument le plus percutant, à l'appui de ce revirement de jurisprudence, consiste à dire que cette ingérence fédérale est nécessaire à la réalisation du droit privé, car la protection assurée par le droit d'action n'est réelle que si elle est définitive.

Non seulement le Tribunal fédéral retient, dans l'arrêt K_{üng}, que l'autorité de la chose jugée est régie par le droit fédéral, mais encore précise-t-il qu'il s'agit d'une institution de droit privé. L'affirmation n'a pas manqué de susciter certains remous en doctrine. La procédure tout entière étant au service du droit privé, certains³⁹ ont cru voir dans une annexion de ce type la précipitation d'une évolution irréversible⁴⁰. Nonobstant l'opinion émise par le Tribunal fédéral quant au rattachement de l'autorité de la chose jugée au droit privé, la doctrine continue, dans son ensemble, de la traiter comme un élément de droit procédural⁴¹. Le Tribunal fédéral lui-même est revenu à une plus grande prudence dans ses arrêts ultérieurs, se bornant à rappeler la vocation du droit fédéral à régir la question.

6. *Synthèse*

En résumé, le droit privé fédéral postule le droit d'action, soit le droit à l'obtention d'un jugement au fond, pour le justiciable qui sollicite la protection judiciaire d'une prétention déduite du droit fédéral. Le droit de procédure cantonal définit sous quelle forme cette protection doit être accordée, pour autant que la forme choisie ne soit pas tortueuse au point de rebuter un plaideur normalement constitué ou de faire obstacle à l'octroi de la protection demandée au juge. Le droit fédéral fixe la mesure dans laquelle les allégations des parties sont suffisantes pour que le droit déferé en justice soit reconnu et détermine dans quelle mesure elles supportent le fardeau de la preuve. Le droit cantonal, en revanche, définit sous quelle forme et jusqu'à quel moment les allégations de fait peuvent être présentées et, dans certaines limites, quels moyens de preuve seront pris en considération par les tribunaux qu'il institue. Le droit fédéral interdit aux cantons de juger à nouveau une contestation qui a déjà été tranchée par un jugement entré en force, contre la volonté d'une partie, et pose les critères en vertu desquels l'identité doit être affirmée ou niée. Il prohibe également le refus d'entrer en

38 ATF 105 II 151, 270; 97 II 396.

39 Briner, *Rechtsmittel*, p. 30 n. 55, et les références.

40 Comp. Schaad, p. 154-155.

41 Cf. notamment Roth-Grosser, p. 21 ss., et les références.

matière tiré de la litispendance, lorsque deux prétentions ne sont pas identiques ou contraires, également en fonction de paramètres qu'il établit.

Parmi les diverses questions dont le droit fédéral s'est annexé la maîtrise, aucune, à notre avis, ne mérite d'être rattachée directement au droit privé. L'action est une notion procédurale⁴². Il n'y a pas d'action sans une autorité appelée à statuer sur son mérite; la procédure, on l'a vu, recouvre les normes régissant le comportement des justiciables devant les autorités chargées de dire le droit. Les principes dérivés du droit d'action relèvent a fortiori du droit judiciaire.

IV. *La revision*

1. *La revision et la forclusion*

On a souligné, dans la première partie de ce travail, le lien logique existant entre l'autorité de la chose jugée et le recours en revision. Personne, à notre connaissance, ne soutient que la revision soit une institution de droit privé. Le droit à la revision d'un jugement entré en force découle-t-il néanmoins du droit fédéral? Pour clarifier les idées, un bref retour à la règle de la forclusion s'impose.

On sait que les limites objectives de la chose jugée sont définies de manière très variable en doctrine. Sans revenir sur les critères proposés pour les tracer⁴³, on relèvera simplement que certains prennent pour référence l'objet du litige originaire⁴⁴, alors que d'autres rattachent la chose jugée à l'objet du jugement⁴⁵. Si l'on se rappelle que l'objet du litige et celui du jugement peuvent ne pas se recouvrir parfaitement, on parvient à construire un certain nombre de combinaisons aboutissant soit à la déchéance du droit d'invoquer des faits non présentés, soit, à l'inverse, à la possibilité de soumettre à la justice une question qu'elle a ou qu'elle est censée avoir déjà tranchée.

42 Voir ATF 104 Ia 110; comp. toutefois ATF 98 II 344.

43 Pour un riche éventail de points de vue, cf. Schwander, p. 199ss.; Kummer, *Klagerecht*, p. 66ss.; Guldener, ZPR, 197ss., 360ss.; Thorens, la cause; l'objet; Habscheid, *Rechskraft*; DJP, p. 255ss., 305ss.; Meier, *Iura*, p. 32ss.; Haus, p. 81ss.; les principales tendances sont résumées chez Meier, *Iura*, p. 27ss.; Haus, p. 9ss.; Walder, ZPR, p. 291ss.; Rust, p. 42ss.

44 Meier, *Iura*, p. 26, 65, 72-73.

45 Cf. par exemple Schwander, p. 218; Guldener, ZPR, p. 203; Haegi, p. 223 n. 15; comp. art. 211 CPCN.

La terminologie adoptée par le Tribunal fédéral n'est elle-même pas d'une très grande clarté. Notre haute cour évoque le plus souvent l'identité des prétentions déduites en justice (*Ansprüche*)⁴⁶ et utilise en général le terme «*Streitgegenstand*»⁴⁷, bien qu'il évoque aussi l'identité entre la prétention nouvelle et celle qui aurait été déjà jugée⁴⁸. Il arrive même qu'elle fasse allusion aux deux notions à la fois⁴⁹. Le Tribunal fédéral semble donc partir de l'idée que l'objet du litige et celui du jugement se recouvrent. Quant au critère servant à la délimitation de l'identité, sa position est difficile à situer et donne lieu à controverse⁵⁰. Après avoir renoncé à se prononcer sur l'identification des demandes individualisées⁵¹, il s'en tient à une conception médiane prenant en considération les faits allégués et la prétention matérielle dessinée par ceux-ci⁵². De toute manière, et quelle que soit en fin de compte la théorie jugée dominante en Suisse, il ne saurait être question de descendre au-dessous d'un certain seuil de généralité, dans la description des contours de l'objet du litige ou du jugement portant sur une prétention tirée du droit fédéral. Ainsi, I. Meier, que l'on ne peut pas soupçonner de vouloir gonfler les compétences fédérales, estime que les cantons n'ont pas le pouvoir de limiter l'objet du litige, en ce qui concerne les actions non individualisées⁵³, à des proportions plus étroites que l'état de fait visé par la norme fondant la prétention matérielle elle-même⁵⁴. O. Haus exprime une idée analogue en excluant une définition subjective de la cause de la demande, soit, indirectement, de l'objet du litige, par les seuls faits que le demandeur a jugé bon d'alléguer⁵⁵.

On n'échappe donc pas à une stylisation de l'objet du litige et du jugement, qui passe par un renvoi direct ou indirect à la règle de droit appli-

46 ATF 105 II 152; 98 II 158, et les références.

47 ATF 78 II 402; 71 II 283; 66 II 57; 56 II 206.

48 ATF 105 II 270; 101 II 378; 75 II 291.

49 ATF 98 II 27: «*Reputassi già giudicata una controversia quando la nuova causa ha luogo tra le stesse parti della precedente e la pretesa fatta valere corrisponde a quella che ha fatto l'oggetto del precedente giudizio, ossia il suo contenuto è lo stesso e stessi sono i fatti e la causa giuridica su cui è fondata*».

50 Pour O. Haus, p. 21-22, le Tribunal fédéral définit l'objet du litige par la prétention matérielle que le demandeur élève, alors que I. Meier, *Jura*, p. 29 n. 40 et p. 46 n. 140, interprète la jurisprudence dans le sens d'une adhésion à l'identification par les conclusions et les faits allégués.

51 ATF 97 II 396.

52 ATF 105 II 152, 270.

53 On peut omettre, pour la démonstration, les prétentions individualisées, car l'objet du litige, en ce qui les concerne, est parfois identifié de façon plus large que celui d'une demande non individualisée (cf. Kummer, *Klagerecht*, p. 72ss.; Guldener, *ZPR*, p. 198ss.), mais jamais plus étroitement.

54 P. 44-45, 51, encore que l'auteur ne s'exprime pas toujours de façon parfaitement compréhensible.

55 P. 91; pour le cas particulier du procès en divorce, cf. *supra*, p. 186ss.

quée ou applicable aux faits allégués par les plaideurs. La marge située entre l'abstrait et le concret – le «Tatbestand» visé par la loi et le «Sachverhalt» présenté par les parties – recouvre le domaine virtuel de la forclusion⁵⁶. Quant à en cerner exactement la portée in abstracto, il s'agit d'un exercice extrêmement périlleux. «Aus dieser Zwickmühle ist noch kein Prozessualist überzeugend ausgeborchen»⁵⁷, écrivait M. Kummer, un orfèvre en la matière, ajoutant qu'il convient d'apprécier la situation de cas en cas. Peu importe. En traçant les limites objectives de la chose jugée et en leur faisant dépasser le conglomerat des allégations, le droit fédéral accepte et consacre le principe de la forclusion substantielle⁵⁸.

On a vu que le recours en revision compensait les conséquences rigoureuses de la forclusion. Comment s'expliquer alors que les conditions de son admissibilité puissent varier d'un canton à l'autre? Traditionnellement, le Tribunal fédéral réserve la liberté des cantons dans l'organisation de leurs voies de recours. Ils peuvent n'en pas créer, et s'ils décident d'en aménager une, il leur est loisible de restreindre le pouvoir d'examen de l'autorité de recours, en prohibant notamment la production de moyens nouveaux d'attaque ou de défense⁵⁹. Emise à propos du double degré de juridiction, cette opinion est-elle extensible à la revision? Tel paraît être le cas, selon la doctrine.

Ainsi, d'après M. Guldener, le tribunal saisi d'une demande en revision n'est pas appelé à statuer sur une prétention de droit privé. Les cantons étant libres de circonscrire les ouvertures à revision comme ils l'entendent, ils peuvent également fixer à leur guise les conditions auxquelles l'ouverture invoquée pourra être considérée comme établie⁶⁰.

Pour M. Kummer, le droit civil ne dit pas si et quand la revision doit être accordée. Il n'exige pas la revision, car la réalisation du droit matériel est possible sans cette voie de recours; il ne l'exclut pas, car il ne saurait s'opposer à une meilleure approche de la vérité, qui sert finalement l'idée de

56 A cet égard, la décision d'irrecevabilité publiée au RJN 6 I 5ss. nous paraît erronée, car la prétention esquissée par les allégations de fait était individualisée de façon parfaitement claire. Seules manquaient les précisions nécessaires à la fixation du dommage (comp. ATF 108 II 337 ss.; Guldener, in RDS 1961 II 405-406). Une demande nouvelle qui les aurait apportées se serait heurtée à l'autorité de la chose jugée, nonobstant la teneur incorrecte du dispositif (ATF 101 II 379), d'autant plus que le demandeur avait été rendu attentif à l'insuffisance de ses allégations (cf. p. 9). L'intérêt du défendeur à ne pas être poursuivi à nouveau en justice prime celui du demandeur négligent à l'obtention d'un nouveau jugement.

57 ZBJV 1966 p. 12.

58 Comp. Guldener, ZPR, p. 379-380.

59 ATF 107 II 237.

60 Bundesprivatrecht, p. 35.

Justice. Selon cet auteur, il appartient exclusivement au droit de procédure de réaliser le meilleur équilibre possible entre la sécurité du droit et la recherche de la vérité⁶¹.

Le Tribunal fédéral semble partir de la même idée. Il a répété à maintes reprises que les décisions des tribunaux cantonaux qui statuent sur l'admissibilité⁶² d'une demande en revision tranchent une question de procédure régie par le droit cantonal⁶³. Dans l'arrêt Montandon, il apporte cependant les précisions suivantes: «bien qu'elle n'aborde pas le fond, la décision attaquée [qui rejetait une demande en revision] fixerait définitivement, si elle était maintenue, le sort d'une action en divorce admise par le jugement dont la recourante demande revision»⁶⁴, ce qui conduit le Tribunal fédéral à considérer la décision comme finale et à entrer en matière sur le recours en réforme interjeté par la partie déboutée de sa demande en revision. La remarque est surprenante. L'échec essuyé par le demandeur en revision a bel et bien, pour effet naturel, la fixation définitive du sort de l'action originaire. Il ne faut pourtant pas s'attacher au sens littéral de la phrase, mais la replacer dans son contexte. Dans le cas particulier, l'autorité cantonale s'était refusée à entrer en matière en se fondant sur le principe de droit fédéral en vertu duquel la qualité pour agir et pour défendre à un procès en divorce n'est pas transmissible aux héritiers. C'est à cette question que le Tribunal fédéral a limité son examen, en réaffirmant par ailleurs l'idée que le recours en revision est une prétention procédurale régie par le seul droit cantonal. Le principe reste donc, jusqu'à nouvel avis, celui d'une compétence cantonale exclusive en matière de revision, avec la conséquence curieuse que voici: le Tribunal fédéral revoit l'application du principe de l'autorité de la chose jugée et l'étendue admissible de la forclusion, en tant que juridiction de réforme, lorsqu'une partie revient à la charge, par une demande nouvelle, sur une question déjà jugée. Il ne censure pas, en revanche, les décisions cantonales qui prononcent en réalité sur la même question, mais qui le font en application des dispositions cantonales relatives au recours en revision.

En bref, la Confédération veille au respect de l'autorité de la chose jugée, mais les cantons conservent une certaine marge de manœuvre,

61 Klagerecht, p. 129-130; cet auteur n'est pourtant pas un ardent défenseur des prérogatives cantonales en matière de procédure; cf. ZBJV 1966 p. 10.

62 La liste d'arrêts cités par le Tribunal fédéral dans l'ATF 93 II 153 montre que le principe vaut autant pour la décision sur le fond du droit de recours que pour celle qui a trait à sa recevabilité.

63 ATF 93 II 153; 63 II 181 ss.; 62 II 49; 54 II 473; 45 III 162-163; 31 II 771-772; II p. 44.

64 ATF 93 II 153.

puisqu'ils peuvent ouvrir plus ou moins les voies de recours permettant aux parties de s'en prendre à la force de chose jugée et indirectement, à l'autorité de la chose jugée⁶⁵.

M. Guldener suggère une harmonisation, en faisant appel à l'article 4 Cst.⁶⁶. Il y aurait inégalité de traitement contraire à la Constitution, dit cet auteur, dans la mesure où les cantons n'ouvriraient pas le recours en revision aussi largement que ne le fait l'article 137 OJF. Cette idée ne nous convainc pas: soit on admet que le droit fédéral non écrit fixe les conditions auxquelles la revision est admissible, et l'autorité compétente qui les méconnaît viole le droit fédéral, comme lorsqu'elle protège ou rejette à tort l'exception de chose jugée⁶⁷; soit on considère que la revision est l'affaire du droit de procédure cantonal, et l'application de l'article 4 Cst n'entre en ligne de compte que si ce droit institue des distinctions insoutenables ou s'il est appliqué de façon arbitraire. Le justiciable ne saurait se prévaloir du fait qu'un ordre juridique distinct de celui qui est applicable à sa cause règle la même question de façon différente⁶⁸. Si l'on voulait suivre le raisonnement de M. Guldener, il s'ensuivrait, notamment, une uniformisation des moyens de preuve nouveaux admis à fonder la revision, alors que celle-ci n'est pas imposée en procédure ordinaire⁶⁹, malgré les critiques que la situation actuelle a suscitées de la part de M. Guldener⁷⁰ et J. Voyame⁷¹.

Le Tribunal fédéral a également écarté, il y a peu, la thèse selon laquelle le législateur cantonal ne serait pas libre d'exclure la revision de certaines catégories de décisions, à peine d'institutionnaliser le déni de justice. Les cantons ont réglé précisément les conditions du recours en revision, dit notre cour suprême. Si la législation fédérale ne pose pas d'exigence précise dans le domaine des voies de recours (comme à l'article 185 LP, par exemple), «so können die Kantone nicht auf dem Umweg über Art. 4 BV zur Zulassung der Revision verhalten werden»⁷².

65 Contra, les promoteurs du projet Schwartz. P. Schaad et F. Balmer estiment que la compétence pour légiférer sur la portée de la chose jugée s'étend à la délimitation des conditions de succès du recours en revision (RDS 1969 II 209, 309, 420, 445 ss.).

66 ZPR, p. 70.

67 Le droit cantonal contraire se heurte alors à la force dérogatoire du droit fédéral (comp. ATF 104 Ia 107).

68 Comp. J.-F. Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, N° 1795.

69 Guldener, ZPR, p. 324 N° 5 a contrario; Deschenaux, p. 226 N° 6; A. Wurzbürger, in RDS 1975 II 103; Kummer, n. 60-62 ad art. 8 CC; Vogel, p. 189 ss.; Siräuli/Messmer, n. 2 avant le § 133 ZPO.

70 Bundesprivatrecht, p. 49 ss.

71 P. 162 ss.

72 ATF 109 Ia 106.

Certes, il n'est pas satisfaisant que la revision ne soit pas ouverte aux mêmes conditions d'un canton à l'autre, ou qu'elle obéisse à un régime différencié selon que la cause a été déférée au Tribunal fédéral par un recours en réforme ou non. On peut toutefois n'y voir qu'une conséquence naturelle de l'article 64 al. 3 Cst⁷³.

2. *La revision et l'action*

L'autorité de la chose jugée et le droit d'action sont étroitement liés. Au service du second pour lui donner sa pleine force, la première délimite aussi les prérogatives attachées à l'action.

Dans son effet principal, l'autorité de la chose jugée éteint l'action. Les parties perdent leur intérêt juridique à obtenir qu'une juridiction se prononce sur une contestation déjà tranchée. Le Tribunal fédéral n'a certes pas encore jugé utile de censurer la pratique de certains cantons, dont les tribunaux s'estiment seulement liés au fond par le jugement de la cause qui leur est déférée à nouveau, et qui ne sanctionnent pas l'effet principal de la chose jugée par un refus d'entrée en matière. Il a toutefois laissé entendre que cette pratique est erronée⁷⁴.

Faut-il admettre que la diversité des droits cantonaux, en matière de revision, entraîne une variation du contenu de l'action, selon que la cause est portée devant les tribunaux de tel canton plutôt que de tel autre? Tel n'est pas le cas à notre avis. Il faut se rappeler que l'action est le droit d'obtenir un jugement sur l'existence et la portée du droit prétendu, non pas celui d'obtenir un jugement de tel contenu, et encore moins celui d'obtenir un jugement «juste». Le droit d'action consacré par le droit fédéral a un contenu formel. C'est la raison pour laquelle l'autorité de la chose jugée s'attache à tout jugement au fond entré en force, qui déclare une prétention matérielle bien ou mal fondée.

L'existence ou l'inexistence de la revision ne modifie donc pas le contenu de l'action relative à une prétention de fond, mais uniquement les modalités selon lesquelles cette action se trouvera convertie en un jugement définitif et irrévocable.

Le droit cantonal qui ne prévoirait pas de recours en revision ne se mettrait pas en contradiction avec le principe de droit fédéral en vertu duquel la procédure cantonale doit assurer la protection judiciaire des prétentions fondées sur le droit civil fédéral.

73 Poudret, l'autorité, p. 254.

74 ATF 105 II 159.

Dans son effet préjudiciel, l'autorité de la chose jugée interdit au juge de déterminer librement la solution qu'il doit donner à une question préalable déjà tranchée à titre principal par un jugement entré en force. La possibilité ou l'impossibilité de recourir en revision contre celui-ci ne peut influencer que l'issue du litige nouvellement porté en justice. Elle n'empêchera pas le juge de statuer au fond. Si une partie, déboutée de sa demande en exécution d'un contrat, actionne son adversaire en réparation du dommage que lui cause le jugement obtenu par la fraude, le tribunal saisi écartera la nouvelle demande, alors qu'il l'aurait peut-être accueillie s'il y avait eu revision du jugement critiqué. Le nouveau jugement portant sur le fond, le droit d'action du lésé n'est pas en cause.

3. *L'application uniforme du droit fédéral*

La même prétention, tirée du droit fédéral, doit bénéficier, sur le territoire de la Confédération, d'une protection uniforme⁷⁵. La procédure détermine comment, mais non pas si cette protection doit être accordée. On peut donc se demander si la disparité des droits de procédure cantonaux, en matière de revision, porte atteinte à l'application uniforme du droit de fond.

La présente étude a révélé deux zones de friction particulièrement accentuées, entre le droit matériel et le droit de procédure. Il s'agit des rapports entre la revision et le succès d'une demande nouvelle fondée sur la fausseté du jugement, d'une part, des relations entre la revision et l'inefficacité au regard du droit civil des actes de procédure des parties, d'autre part.

A. *L'action en dommages-intérêts*

Un comportement procédural irrégulier peut constituer un acte illicite au sens de l'article 41 CO⁷⁶. Or le droit fédéral exige, s'il déduit une prétention d'un comportement donné, que celle-ci soit protégée sur tout le territoire de la Confédération. La variété des droits cantonaux, dans le domaine de la revision, n'est pas sans incidence sur le sort de l'action en dommages-intérêts fondée sur un acte illicite commis en procédure, car le succès de la demande présuppose une critique du résultat auquel le juge est parvenu.

Divers points de vue se conçoivent.

75 Cf. (déjà) l'ATF 27 I 148.

76 Casanova, p. 59ss.

On peut estimer tout d'abord que le droit privé fédéral se désintéresse de la question: fixant de manière uniforme la portée de la chose jugée, il exclurait implicitement qu'une partie puisse tirer de ses dispositions de fond une prétention indépendante contournant cet obstacle. Telle est bien l'idée que J. Braun a développée récemment en République fédérale d'Allemagne, à propos de l'Arglistklage du § 826 BGB. Cet auteur constate que la coexistence d'une action (procédurale) en «revision» (Restitutionsklage) et une action (dérivant du droit matériel) en dommages-intérêts (Arglistklage) est de nature à provoquer un nombre considérable de contradictions. Alors que la jurisprudence paraissait s'orienter vers la reconnaissance d'une règle de subsidiarité⁷⁷, le Bundesgerichtshof a rejeté cette construction en 1968⁷⁸, la subsidiarité révélant des conséquences plus éclatantes encore que celles qu'il s'agissait d'éviter⁷⁹. Notre auteur conclut donc, au terme de son analyse, que le fossé séparant le but procédural et la forme matérielle de l'action ne peut être comblé que par l'abandon de la deuxième nommée, au profit d'un rattachement purement procédural⁸⁰. Transposée en droit suisse, cette affirmation reviendrait à dire que, faute d'une disposition fédérale spécifique, le problème ressortirait à la sphère de compétence des cantons. Nous n'avons pas connaissance d'une règle cantonale comparable au § 826 BGB. De toute manière, une disposition de ce genre se heurterait à la force dérogatoire du droit fédéral, puisqu'elle affecterait directement l'autorité de la chose jugée, sans toucher la force de chose jugée.

Autrement dit, dans cette optique, il ne serait pas possible, en l'état actuel, d'obtenir des dommages-intérêts de façon indépendante, sur la base d'un comportement en procédure ou hors procédure qui aurait entraîné un jugement «erroné». En revanche, la revision du jugement ouvrirait la porte à une action en dommages-intérêts fondée, tout naturellement, sur le droit fédéral. Le vice saute aux yeux: la réalisation du droit privé fédéral ne serait pas uniforme, puisque les cantons n'ouvrent pas la revision aux mêmes conditions.

Pour éviter cet inconvénient, on peut affirmer que non seulement le droit de fond n'aménage pas d'action en dommages-intérêts, mais encore qu'il l'exclut purement et simplement. Cette proposition rétablit l'uniformité.

77 RGZ 78 p. 389ss.; NJW 1960 p. 1062-1063; 1964 p. 1673.

78 BGHZ 1968 p. 115ss.

79 Sur cette évolution, cf. Braun, p. 223-227.

80 P. 216, 245-246. Le droit allemand connaît également une action générale fondée sur l'enrichissement illégitime. Les tribunaux se sont toujours refusés à donner gain de cause au demandeur, lorsque l'enrichissement était né d'un jugement prétendument erroné (Braun, p. 218 n.9).

mité, mais elle entre en contradiction totale avec les principes généraux du droit des obligations. La loi civile ouvre l'action en dommages-intérêts à des conditions déterminées. S'il existe un empêchement à la démonstration de l'une d'elles, lorsque la revision est exclue, cette barrière disparaît dans l'hypothèse inverse. Une fois l'obstacle éliminé, il ne saurait être question de ne pas protéger ladite prétention, par un motif tiré de la diversité des droits cantonaux sur un point qui relève de leur compétence exclusive. A tout le moins, une restriction de cet ordre devrait résulter, même implicitement, du droit fédéral. Tel n'est pas le cas. La jurisprudence, au contraire, entre régulièrement en matière sur des prétentions tirées du dommage causé par une décision annulée⁸¹.

En effaçant une inégalité, la solution suggérée en créerait une autre, aussi grave. En ce qui concerne la responsabilité civile des magistrats, par exemple, la prétention en dommages-intérêts ne serait pas protégée, dans une des rares hypothèses où la jurisprudence semble vouloir la reconnaître en principe⁸².

Une autre proposition, extrême, consiste à dire que la chose jugée n'est pas touchée par une demande nouvelle contestant, à titre principal, la situation juridique constatée ou créée par un jugement antérieur. Ce point de vue nous paraît insoutenable. K. Hellwig le comparait au raisonnement du brigand qui affirmerait n'avoir pas dévalisé sa victime, sous prétexte qu'il ne lui aurait pas arraché sa bourse, mais se serait contenté de la vider de son contenu⁸³. Laisser au juge toute liberté de statuer sur le bien-fondé de l'action en responsabilité, c'est permettre au perdant de donner un prolongement au litige originaire, par une voie détournée. La sécurité juridique ne serait préservée que de manière purement formelle, le dispositif du jugement critiqué risquant de subsister comme une construction privée de sa charpente. On ne reviendra pas ici sur l'épineuse question de l'effet réflexe (Drittwirkung) de la chose jugée. Même si l'on nie un tel effet – à tort selon nous⁸⁴ – le problème reste entier lorsque l'acte illicite a été commis par une partie au détriment de l'autre.

81 Egli, p. 15 ss.

82 L'autorité n'engage sa responsabilité, selon le principe qui s'en dégage, que lorsqu'elle outrepassé manifestement ses prérogatives (SJ 1981 p. 233, ATF 83 I 171), ce qui peut fort bien se révéler à l'occasion d'une instance en revision, pour autant que le recourant mette en cause le respect, par le juge, de ses devoirs de fonction.

83 Propos rapportés par J. Braun, p. 145.

84 Supposons un avocat peu scrupuleux représentant un plaideur en justice, contre un adversaire qui lui fait miroiter la perspective de mandats importants, pour autant qu'il modère sa pugnacité dans l'affaire actuellement pendante. Le client succombe, parce que son mandataire omet de produire tel titre important. Il serait illogique d'admettre qu'une action en dommages-intérêts peut aboutir à une condamnation contre l'avocat, et non pas contre l'adversaire. Dans un cas comme dans l'autre, il faut démontrer, en premier lieu, que la cause a été mal jugée. Sans cette prémisse, point de dommage (cf. supra, p. 100).

On peut aussi être tenté de rechercher le remède à la paralysie de la prétention en responsabilité dans la prohibition de l'abus de droit. La jurisprudence admet que l'article 2 al. 2 CC trouve application dans le domaine de la procédure et, en particulier, lorsque l'exception de chose jugée est invoquée abusivement. Et même lorsque le juge doit respecter la chose jugée sans en être requis, comme c'est le cas dans certains systèmes, cette circonstance ne fait pas obstacle au grief d'abus de droit⁸⁵. La construction ne satisfait qu'à moitié, si l'on ressent l'effet préjudiciel comme l'expression d'un postulat objectif de cohérence plutôt que comme un bouclier à disposition du défendeur au procès en responsabilité. L'application de l'article 2 al. 2 CC servirait en quelque sorte de voie d'accès à la sanction d'un comportement prohibé; elle ne censurerait plus uniquement l'abus manifeste d'un droit.

La friction entre la chose jugée et l'application uniforme des articles 41 ss. CO peut être éliminée de façon plus simple et plus radicale. Il suffit d'affirmer que le droit fédéral impose aux cantons la reconnaissance d'une ouverture à révision tirée du comportement illicite d'un participant au procès. Autrement exprimé, les parties bénéficieraient, en vertu du droit fédéral, de la faculté d'obtenir la rétractation d'un jugement issu d'une procédure viciée par un acte illicite.

Le sacrifice d'une parcelle de la souveraineté cantonale n'est pourtant légitime que si le droit de procédure cantonal entrave la réalisation du droit privé fédéral par les restrictions qu'il institue. Or il n'en est pas ainsi dans l'hypothèse qui nous occupe: l'intervention dans la sphère des compétences cantonales n'aurait d'autre but que de résoudre un conflit interne au droit fédéral. Celui-ci définit la portée objective et subjective de l'autorité de la chose jugée, d'une part, les conditions de succès d'un procès en responsabilité, d'autre part. Il ne lui est pas nécessaire de s'en prendre à la révision pour éliminer une contradiction dont cette dernière n'est pas la cause.

Reste enfin la théorie de la subsidiarité, suggérée par J. F. Egli à propos de la responsabilité des magistrats⁸⁶, mais qui peut être généralisée. Son mérite principal tient au fait qu'elle ne porte pas atteinte à la souveraineté cantonale en matière de procédure, tout en assurant en principe une application uniforme du droit fédéral. Une fois délimitée la mesure dans la-

85 ATF 105 II 155.

86 P. 20.

quelle une action en responsabilité existe en vertu du droit fédéral, les cantons fixent les modalités procédurales selon lesquelles la prétention est protégée. On parvient ainsi à effacer les disparités relevées, qu'il s'agisse des conditions objectives, subjectives ou temporelles de la revision. Certes, l'application uniforme du droit fédéral peut paraître compromise malgré tout, si l'on rejette l'idée que le jugement écartant une demande en revision statue indirectement sur une prétention matérielle. Il ne tient pourtant qu'à notre juridiction suprême d'adopter le point de vue contraire, qui nous paraît correct en l'état actuel. A tout prendre, cette proposition nous paraît encore la moins insatisfaisante, si l'on part des prémisses posées plus haut⁸⁷.

B. *L'action fondée sur l'enrichissement illégitime*

En ce qui concerne l'application uniforme des articles 62 ss. CO, la situation nous paraît moins confuse: l'enrichissement trouve sa source dans le jugement, la personne enrichie étant la partie à qui il profite. Jouissant d'une présomption de régularité et de validité, le jugement s'oppose, tant qu'il n'a pas été anéanti, à ce que l'enrichissement qui peut en résulter soit qualifié d'illégitime⁸⁸. Une prétention tirée du droit fédéral n'existe pas avant qu'il ait été annulé⁸⁹, et le droit fédéral ne dit pas à quelles conditions il doit l'être, par un recours extraordinaire quelconque.

C. *L'inefficacité des actes mixtes*

Une parfaite séparation entre l'acte juridique et l'acte de procédure⁹⁰ n'est pas possible. L'acte juridique peut déployer des effets procéduraux, et inversement⁹¹. On peut se demander dans quelle mesure cette interférence se traduit par une extension des règles de droit privé au droit de procédure et, en conséquence, s'il ne fait pas éclater jusqu'à un certain point le bastion cantonal de la revision.

Il ne s'agit pas d'entrer ici dans une casuistique serrée qui, selon les spécialistes de l'acte de procédure, permet seule d'arriver à la solution adéquate par comparaison des intérêts en présence⁹², mais uniquement de cerner brièvement les exigences que le droit de fond impose au droit de procédure, une fois le procès clos par un jugement ou un acte équivalent.

87 Cf. *supra*, p. 309-310.

88 Comp. Jolidon, p. 201.

89 ATF 79 II 279; BJM 1969 p. 40 ss.

90 Sur la définition de l'acte de procédure, cf. Goldener, ZPR, p. 258 ss.; Studer, p. 6 ss.; Schüpbach, *vices*, p. 70 ss.

91 Studer, p. 5, 62 ss., 111 ss.

92 Studer, p. 46-47; Orfanides, p. 8 ss.

On se rappelle que l'autorité attachée à l'acte juridictionnel prend, dans la conception moderne, une allure très carrée. Soit on est en présence d'un acte inexistant ou nul, peu importe, soit le jugement existe en tant que tel, déploie les effets que le droit lui attache, et il n'est pas question de se prévaloir d'un vice quelconque en empruntant une autre voie que les recours prévus par la loi. Le jugement couvre, une fois entré en force, toutes les irrégularités dont il peut avoir été affecté, sous l'aile de son efficacité. Il dit le droit entre les parties, et il importe peu qu'il le dise mal.

La jurisprudence neuchâteloise fournit l'exemple récent d'une femme partie à un procès en divorce, alors qu'elle n'était pas capable de discernement, et qui n'en est pas moins valablement et définitivement divorcée, les effets accessoires ayant seuls été remis en question par la demande en revision⁹³. Ce jugement, ainsi que tout autre qui souffrirait d'un vice équivalent, fait suite à une série d'actes plus ou moins spécifiquement procéduraux. Dans la mesure où ils étaient de nature à déployer un effet quelconque sur le plan civil – une convention sur effets accessoires avait été soumise à l'approbation du tribunal – ces actes étaient nuls, mais cela ne les a pas privés pour autant de leur efficacité procédurale. Si l'on voulait soumettre l'acte de procédure au régime applicable à l'acte juridique, dans un cas semblable, on arriverait automatiquement à la conclusion que le jugement est nul et de nul effet. Le Tribunal cantonal neuchâtelois n'est pas allé jusque là. Il s'est borné à reconnaître une lacune dans le droit neuchâtelois de la revision, qui n'autorise pas en principe la revision d'un jugement ratifiant une convention passée dans ces conditions.

La solution donnée à cette affaire est sans doute très équitable, mais il aurait été intéressant de connaître le sort du même recours interjeté hors délai⁹⁴ ou d'une demande en revision dirigée contre le prononcé du divorce lui-même, après remariage de l'intimée.

Si l'on estime que l'acte de procédure doit suivre le sort réservé à l'acte juridique, il faut aller jusqu'au bout du raisonnement: la nullité du second engendre la nullité du premier, et il n'y a aucune place pour un recours quelconque. Admettre que la nullité doit être sanctionnée par une

93 RJN 71 157 ss. On ne peut certes exclure qu'il y ait eu capacité de discernement, en ce qui concerne le divorce lui-même. Il n'empêche que le Tribunal de district, puis le Tribunal cantonal, ne se sont pas posés la question (Tribunal de district de Neuchâtel, du 15 novembre 1977, B. c. S., p. 5; RJN 71 164 c. 6 i. i.).

94 Voir l'arrêt Ehrbar (ATF 95 II 283 ss.), plus significatif encore, dans lequel le tuteur d'une personne incapable de discernement avait manifesté son intention de s'opposer aux actes de sa pupille, dès qu'il avait eu connaissance de son incapacité de discernement passée; le recours en revision dirigé contre un arrêt du Tribunal fédéral rendu à l'issue d'un procès relatif à un tel acte fut écarté pour être tardif.

voie de recours, c'est reconnaître que la correction du vice civil qui se mue en irrégularité de procédure doit respecter les exigences fixées par loi de procédure. La difficulté de la question consiste à déterminer si, et jusqu'à quel point, la loi civile entend déteindre sur le droit de procédure.

La doctrine nationale récente s'est intéressée particulièrement aux actes accomplis sous l'empire d'un vice de la volonté, ce qui l'a conduit à limiter ses recherches aux actes de procédure présentant avec l'acte juridique une parenté suffisante pour qu'une application des règles de fond entre en considération. P. Studer part de l'idée que l'assimilation n'est possible que dans la mesure où l'acte de procédure correspond à une manifestation de la volonté⁹⁵, et il attache ce caractère à tout acte de procédure des parties, sous réserve des allégations de fait. L'aveu, étroitement apparenté à l'allégation, jouit donc d'un traitement particulier, spécifiquement procédural. Quand bien même la possibilité d'une rétractation est ressentie comme nécessaire en cours d'instance, à des conditions très variables selon les auteurs⁹⁶, il est admis que le droit de procédure a seul vocation pour déterminer si et quand il peut l'être efficacement, une fois la cause tranchée définitivement⁹⁷. Il doit en aller de même, à notre sens, de certains actes qui, bien qu'expression d'une volonté – au degré le plus élevé, celle de conduire le procès à son terme – assument une fonction purement procédurale.

Ce point de vue rejoint celui de la doctrine classique, qui ne préconise qu'avec retenue l'application à la procédure de principes et de règles de droit privé. D'une manière générale, les auteurs et la pratique font preuve d'une certaine prudence, quant à la reconnaissance d'un principe de droit fédéral en vertu duquel le vice de la volonté affectant un acte de procédure devrait permettre à son auteur d'obtenir l'annulation du jugement intervenu par la suite⁹⁸. H. Schüpbach estime pourtant⁹⁹ que le droit fédéral consacre une règle comparable à l'article 397 CPS, qui devrait permettre, notamment, une extension des ouvertures à révision à l'erreur essentielle excusable. Cependant, le Tribunal fédéral répète inlassablement que l'acte juridique passé sous l'empire d'une erreur essentielle n'oblige pas son auteur, même si l'erreur est imputable à sa propre faute¹⁰⁰. Le principe de droit fédéral ainsi re-

95 P. 34.

96 Comp. Orfanides, p. 83 ss.

97 Cf. par exemple Schüpbach, vices, p. 90; Kauper, p. 112; BJM 1982 p. 107–108.

98 Voir, entre autres, Kauper, p. 54, 112 ss.; Guldener, ZPR, p. 260, 287, 403; en RFA, la doctrine majoritaire conteste également que les remèdes du droit de fond soient applicables à l'acte de procédure affecté d'un vice de la volonté (cf. Orfanides, p. 13 ss.).

99 Vices, p. 94.

100 ATF 96 II 105; 91 II 280; 82 II 194; comp. Sträuli/Messmer, n. 11 ad § 293 ZPO.

connu résulterait donc d'une adaptation des règles de droit privé au contexte particulier de la procédure civile. Cette opinion est tout à fait soutenable, comme on l'a constaté lorsqu'il était question de la loyauté en procédure. Elle ne semble pourtant pas avoir recueilli l'adhésion du Tribunal fédéral dans le domaine qui nous intéresse: notre cour suprême considère par exemple que le retrait d'un recours en réforme est irrévocable, sans se préoccuper de l'erreur invoquée après coup par le recourant¹⁰¹.

Il est un autre point que l'on doit résoudre, si l'on veut accommoder la théorie des vices de la volonté pour l'appliquer à l'acte de procédure, c'est celui du délai dans lequel le vice est invocable. A notre sens, une référence au droit de fond, sur ce terrain, peut difficilement se limiter à l'idée générale, sans englober dans un même souffle les conditions temporelles que la loi civile établit de façon détaillée. Déterminer jusqu'à quand un droit existe (in casu celui d'anéantir l'acte vicié), c'est encore dire s'il existe, et non pas comment il doit être protégé¹⁰². De là à dire que la très grande majorité des codes cantonaux se heurte à la force dérogoratoire du droit fédéral, il n'y a qu'un pas, que nous ne franchirons pas, n'étant pas persuadé que le droit fédéral ait le pouvoir d'imposer aux cantons le respect de telles ouvertures à revision qui procéderaient de son esprit. Le droit cantonal reste exclusivement compétent pour définir à quelles conditions un plaideur peut obtenir la revision d'un jugement rendu sur la base d'un acte – de caractère essentiellement procédural – vicié.

Quant aux actes de disposition proprement dits, on se souvient qu'en Suisse orientale, notamment, plusieurs lois de procédure attachent à la décision consécutive à un acquiescement, un désistement ou une transaction judiciaire, une autorité équivalente à celle d'un jugement. Corollairement, les parties peuvent obtenir la revision de cette décision, si elles établissent avoir agi sous l'empire d'un vice de la volonté. On observe, ici aussi, la curiosité mentionnée à propos de l'acte de procédure entaché d'erreur: le nouveau code de procédure zuricois se réfère expressément au droit civil, en ce qui concerne les causes d'invalidité, mais il assujettit le succès du recours au respect du délai ordinaire de 90 jours¹⁰³. Passé ce délai, l'acte est valable selon le droit de procédure, même si l'intéressé conserve, théoriquement, toute latitude de l'invalider en tant qu'acte juridique. Ne faut-il pas y voir une option implicite pour la «Doppeltatbestandstheorie», qui dissocie par-

101 ATF 83 II 61.

102 Dans le même sens, Schüpbach, vices, p. 86–87.

103 § 295 al. 1 ZPO.

faitement les aspects procédural et matériel d'un même acte? Cette séparation reconnue, et ancrée dans la loi, nous voyons mal comment on peut affirmer une emprise directe du droit civil sur l'invalidation des actes de procédure. Il est certes possible de mettre en doute la conformité au droit fédéral¹⁰⁴ du § 295 al. 1 ZPO, en tant qu'il s'applique à l'ouverture énoncée par le § 293 al. 2 ZPO, mais le canton de Zürich compte assez de fins juristes pour qu'il soit permis de penser que son législateur a médité la question. Cela dit, la nécessité d'une harmonisation du fond et de la procédure est ressentie partout et elle se traduit, dans de nombreux systèmes, par la reconnaissance d'une action indépendante tendant à l'invalidation ou à la déclaration d'invalidité de l'acte qui met un terme au litige.

Bien qu'une assimilation de l'acquiescement, du désistement ou de la transaction au jugement soit possible et nécessaire, jusqu'à un certain point, un tel acte n'est pas un jugement, ce qui explique à notre avis le statut particulier réservé à son invalidation. Dans la mesure où le droit cantonal définit les modalités formelles auxquelles la conclusion d'une transaction judiciaire est assujettie, il n'appartient pas au droit fédéral de prescrire qu'un tel acte ne peut être invalidé que par une voie de recours. Rien ne s'oppose à ce que les cantons ouvrent aux plaideurs une action procédurale indépendante tendant à l'annulation de la transaction et de l'ordonnance qui lui fait suite, étant entendu que cette action serait dirigée contre la force de chose transigée, et ne tendrait pas simplement à contourner son autorité. C'est pourquoi la critique que M. Kummer¹⁰⁵ adresse à l'ATF 105 II 273 ss. nous paraît justifiée. En admettant que l'acte de disposition peut être anéanti par une voie de recours, le Tribunal fédéral constate en effet la vocation du droit judiciaire privé à régir la question. Il n'en irait pas forcément de même si le Tribunal fédéral avait retenu, à l'inverse, que le droit privé consacre une action ordinaire en invalidation d'un acquiescement, d'un désistement ou d'une transaction.

En bref, le droit civil ne peut pas intervenir «à moitié» dans le droit de procédure cantonal pour lui dicter quelques règles de base donnant au justiciable la possibilité d'obtenir l'annulation d'un jugement entré en force, aux conditions fixées par l'interprétation de son esprit. Autorisons-nous un petit détour par les sentiers du droit pénal, sur un point de pure technique législative. Voici ce que disait F. Clerc de l'article 397 CPS: «de deux choses

104 Sic Schüpbach, vices, p. 86-87; comp. Kummer, in ZBJV 1981 p. 169-170; Walder, ZPR, p. 484 n. 65a; contra, Sträuli/Messmer, n. 1 i. f. ad § 295 ZPO; Rust, p. 73; ATF 110 II 48-49.

105 ZBJV 1981, p. 169-170.

l'une: ou bien, il fallait (...) régler complètement les conditions de fond [de la revision], prévoir tous les cas de revision, tout en laissant aux cantons le soin d'organiser la procédure à suivre pour obtenir le jugement de revision, ou bien, il fallait s'abstenir. Du point de vue législatif, l'article 397 est mauvais, parce qu'il ne traite que partiellement d'une institution qui devrait être réglée complètement – ou pas du tout – par le Code pénal»¹⁰⁶.

Le droit privé ne consacre pas explicitement une règle correspondant à l'article 397 CPS. Ou bien il est applicable directement à certains actes de procédure (encore faut-il déterminer précisément lesquels), et il l'est complètement, ou bien il ne l'est pas.

Dans l'affirmative, un acte nul ne déploie pas d'effets. S'il est introductif d'instance, il n'y a pas d'instance, et le jugement qui met un terme à la contestation est une brochure sans valeur juridique; un acte annulable peut être annulé aussi longtemps que la loi civile permet qu'il le soit, et le jugement doit être révisé s'il repose sur lui.

Dans la négative, les cantons gardent leur liberté en matière de revision.

La première proposition entre en contradiction avec une règle fondamentale reconnue de façon unanime: voies de nullité n'ont lieu contre les jugements. Elle s'intègre mal, au surplus, dans les rapports généraux engendrés par l'article 64 al. 3 Cst, tels qu'ils ont été dégagés au début de ce chapitre. Nous choisissons donc la seconde. Il ne s'agit évidemment pas de prétendre par là qu'elle soit satisfaisante en pratique, mais uniquement de s'incliner devant la volonté du constituant.

4. Conclusion

Résumons-nous. La Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit privé, ce qui lui donne le pouvoir d'intervenir en vue d'assurer la réalisation effective des droits reconnus au justiciable par ses dispositions expresses ou implicites. La Constitution ne lui permet pas d'aller au-delà. La réalisation du droit de fond suppose une sanction autoritaire des prétentions qu'il aménage. Dès lors, toute personne qu'il tient pour capable d'acquérir la titularité sur une telle prétention doit pouvoir obtenir la protection judiciaire, si elle justifie d'un intérêt. Cette protection trouve son achèvement dans la décision qui statue sur le droit prétendu. La sanction, pour être complète, doit être définitive. Le droit privé exige que chacun puisse s'opposer à ce qu'une décision définitive à laquelle il est partie soit

désavouée ultérieurement, dans la mesure où la question à résoudre est identique. Le droit privé ne postule pas le droit à un jugement juste. En particulier, il laisse au droit cantonal de procédure une vaste liberté en ce qui concerne le processus conduisant l'autorité juridictionnelle au prononcé d'un jugement irrévocable. La procédure cantonale peut être malcommode; elle peut s'offrir un outillage très raffiné ou, au contraire, relativement fruste, en vue de façonner la vérité judiciaire. De longue tradition, le recours en revision est considéré comme un instrument procédural. Décider si un jugement peut être corrigé, c'est encore se prononcer sur la manière dont la prétention déduite en justice doit être protégée; ce n'est pas dire si elle doit l'être. Il en irait à la rigueur autrement si l'on admettait que le recours en revision met en œuvre une prétention matérielle distincte de celle qui fait l'objet du litige originaire. Or le recours ne s'attaque à l'autorité de la chose jugée qu'à travers la force de chose jugée, condition de la précédente, mais notion spécifiquement procédurale.

La dissociation de la revision et de l'autorité de la chose jugée n'est ni commode, ni opportune, mais elle n'est pas foncièrement illogique. Le droit au respect de l'autorité de la chose jugée, consacré par le droit fédéral, n'a pas pour corollaire le droit à la revision. On peut tenter d'élever ce dernier à la dimension fédérale par des voies détournées, soit en le mettant en parallèle avec le postulat tendant à l'application uniforme du droit privé fédéral, soit par l'extension à l'acte de procédure de règles matérielles applicables à l'acte juridique.

La première suggestion trouve sa source dans un conflit «interne» du droit fédéral, qui met aux prises l'effet préjudiciel de la chose jugée, qu'on ne peut méconnaître sans dévaloriser dangereusement son effet principal, et le droit général du justiciable à la réparation du dommage que lui cause la violation d'un devoir légal. L'instrument de la revision offre une possibilité élégante d'aplanir le différend, mais on n'en peut déduire pour autant qu'elle est une institution du droit fédéral. Le faire pour cette raison, c'est lui assigner une fonction qui n'est pas la sienne. De plus, en raisonnant ainsi, on en arriverait à déduire du droit fédéral, à travers la revision, une conception unifiée des moyens de preuve admissibles, alors que la souveraineté cantonale est encore reconnue de nos jours, même si c'est parfois à contrecœur, dans la mesure où la Confédération n'est pas encore intervenue. Il n'appartient pas à la revision de résoudre un conflit d'intérêts qui ne la concerne pas.

Quant à la deuxième proposition, elle mérite considération, une fois l'instance éteinte, lorsque celle-ci l'a été par un acte juridique ou appa-

renté à un acte juridique. L'activité procédurale typique, en revanche, qui tend au prononcé d'un acte juridictionnel, obéit à son régime d'inefficacité propre. On ne saurait tirer du droit privé fédéral, ou même du droit fédéral en général, une ouverture à revision invocable contre un jugement cantonal.

Nous arrivons donc à la conclusion que le droit fédéral non écrit n'impose pas aux cantons la mise en place de tel système de recours, et qu'il ne contraint pas non plus leurs tribunaux à entrer en matière sur des ouvertures à revision autres que celles qui sont énumérées par le code de procédure applicable. Seule est réservée la prohibition des distinctions arbitraires qu'une telle loi pourrait consacrer. Nous n'avons pas connaissance, à ce jour, d'un arrêt du Tribunal fédéral déclarant arbitraire l'énumération des causes de revision figurant dans une loi de procédure civile cantonale.

2. Critique et suggestions de *lege ferenda*

1. Remarques générales

Le modèle neuchâtelois, décrit dans la seconde partie de ce travail, ne donne pas satisfaction à certains égards. Nous nous sommes efforcé, lorsque la lettre de la loi le permettait, de suggérer une interprétation des articles 403 ss. CPCN conforme à ce qui nous paraît être l'esprit de la revision.

Il est temps de synthétiser les critiques éparses que suscite la lecture de la loi et de la jurisprudence, et de proposer quelques suggestions, dans l'optique d'une réforme éventuelle de notre droit de procédure. Après quelques remarques générales, les observations relatives au recours proprement dit se succéderont selon l'ordre de présentation adopté auparavant.

La revision est l'*ultima ratio*, mais elle ne bénéficie d'aucune exclusivité dans le combat du Juste contre le Définitif. Il appartient déjà aux dispositions applicables au développement de l'instance de réaliser un équilibre harmonieux entre le droit pensé et le droit appliqué. Deux ensembles de règles prennent à cet égard une importance particulière: celles qui ont trait aux assertions de fait, celles qui se rapportent à l'administration et à la conservation des preuves.

II. Les faits

1. L'immutabilité

On ne présentera plus le principe d'immutabilité. Son avantage essentiel consiste en ce qu'il réalise la jonction temporelle entre l'objet du li-

tige et celui du jugement. Appliqué de façon rigoureuse, il est de nature à clarifier les données du procès engagé, et même celles d'une contestation ultérieure. Son défaut principal tient dans ses conséquences peu économiques. L'objet du litige étant arrêté au jour du dépôt de la demande, le procès peut fort bien n'être pas d'actualité, pour autant que survienne en cours d'instance un événement modifiant ses données. Peu expédient, le principe d'immutabilité ne doit pas encore être condamné pour autant, en tant que tel. En revanche, il perd tout son sens lorsqu'on lui inflige des dérogations diverses et, surtout, lorsqu'il se trouve neutralisé par le principe contraire, soit le droit inconditionnel aux nova, introduit par la petite porte qu'est la réforme. A vrai dire, la loi et la jurisprudence se partagent la responsabilité de cette inconséquence. Proclamer le principe et lui apporter aussitôt une restriction qui le vide pratiquement de sa substance, c'est déjà étonnant, mais la juxtaposition de deux règles contraires peut encore se justifier si l'on préserve au moins l'immutabilité temporelle. Or on sait que la jurisprudence ne l'a pas entendu de cette oreille. Le principe d'immutabilité en ressort exsangue. Son seul fondement théorique et pratique tombe, et il n'est plus apte qu'à engendrer des complications inutiles.

2. *La réforme*

Il a déjà été souvent question de la réforme. Cet instrument rend indiscutablement de grands services, fonctionnant en quelque sorte comme une soupape de sécurité. Elle déleste les plaideurs et leurs mandataires de l'anxiété née du caractère irréversible, en principe, de leurs actes et omissions. Elle a le tort d'être une arme lourde et de ne pouvoir être utilisée qu'une fois dans la même cause, à des conditions pécuniaires rigoureuses.

Ces particularités ont leur raison d'être lorsque la réforme sert à effacer une erreur dans la conduite du procès. En soi, la reconnaissance d'un droit à l'erreur nous paraît être une bonne chose, et il n'est pas choquant qu'une faute grossière puisse être corrigée aux mêmes conditions qu'une négligence légère. Les intérêts de la partie adverse sont suffisamment protégés par les dispositions relatives aux frais de l'opération et au maintien des actes probatoires accomplis dans la zone temporelle couverte par la réforme. L'administration de la justice n'en souffre d'autre part que dans une mesure restreinte. De même, il est normal que cette faculté ne soit offerte qu'une fois à chaque partie dans la même cause.

En revanche, les charges et restrictions attachées à la réforme n'ont pas de sens lorsqu'une partie se trouve réduite, sans faute de sa part, à faire usage de cet instrument. Tel est souvent le cas lorsqu'un événement perti-

nent survient pendant le procès; tel est presque toujours le cas lorsqu'un élément de fait parvient à la connaissance d'une partie en cours d'instance. Contrairement à la plupart des lois de procédure suisses¹⁰⁷, et en particulier aux codes de Berne, de Zürich et à la procédure civile fédérale¹⁰⁸, le Code de procédure civile neuchâtelois ne rattache pas l'autorité de la chose jugée à la date du jugement. En bref, les autres systèmes mentionnés fonctionnent ainsi: les moyens d'attaque et de défense doivent être cumulés en principe dans la demande et la réponse, selon ce qu'il est convenu d'appeler la maxime de simultanéité (Eventualmaxime). Il ne s'agit pourtant que d'une règle d'ordre. L'allégation subséquente de faits objectivement ou subjectivement nouveaux reste possible, pour autant que le retard soit excusable¹⁰⁹, et c'est très logiquement que le jugement est réputé couvrir l'état de fait existant à la date de son prononcé. L'article 160 CPCN part de l'idée inverse, soit du rattachement à la date de l'inchoation de la demande, mais cette règle a été tellement malmenée en pratique qu'il devient difficile de cerner précisément la portée temporelle de la chose jugée¹¹⁰.

De lege ferenda, il conviendrait d'opérer un choix. Soit le principe d'immutabilité est maintenu, avec les conséquences qui s'y attachent sur le plan objectif et temporel, soit il est abandonné, et les parties obtiennent de par la loi le droit de compléter l'état de fait présenté au tribunal, jusqu'à la clôture des débats ou, mieux encore, jusqu'à la date du jugement, pour autant que leur retard ne leur soit pas imputable à faute. La seconde éventualité nous paraît préférable, pour être plus économique et, surtout, plus réaliste¹¹¹. Le dédoublement du droit aux nova présenterait en outre l'avantage d'offrir aux parties une protection complète: dans l'hypothèse où le tribunal jugerait le retard d'un plaideur inexcusable, il resterait encore à celui-ci un dernier exutoire, matérialisé par la réforme. Les tribunaux pourraient ainsi faire preuve d'une certaine rigueur dans l'appréciation de la diligence requise au prétoire, sans préjudice irréparable pour la reconstitution judiciaire de la réalité.

Pour en finir avec les faits, observons encore que l'interprétation jurisprudentielle de l'article 152 lit. c CPCN, qui contraint le demandeur à prendre des conclusions chiffrées, à peine d'irrecevabilité¹¹², n'est pas très

107 Guldener, ZPR, p. 377 n. 62b.

108 Art. 93 BE; § 115, 188 ZH; art. 19 al. 2, 21 al. 3 PCF.

109 Bucher, p. 94-95; Walder, ZPR, p. 231 ss.; Sträuli/Messmer, n. 1-5 ad § 115 ZPO.

110 Cf. supra, p. 55 ss., 111-112.

111 Perrot, cours, p. 560-561.

112 RJN 6 I 206, et les références.

heureuse. Une partie peut se trouver dans l'impossibilité de chiffrer sa prétention, faute de posséder les indications nécessaires, qui lui seront révélées par l'administration des preuves, voire par les allégations de sa partie adverse. Ici aussi, la pratique actuelle conduit le plaideur pessimiste à se réformer pour augmenter ses conclusions, le demandeur prudent à se désister partiellement ou à supporter une partie des frais et dépens.

III. Les preuves

1. Le système

Quant aux preuves, la loi actuelle donne, dans l'ensemble, satisfaction. En particulier, l'article 309 CPCN constitue un heureux assouplissement à l'énumération des moyens de preuve figurant dans les dispositions précédentes. Sa présence dans le Code épargne aux praticiens les problèmes de qualification que suscite l'apparition de moyens nouveaux ou imprévus, mais néanmoins aptes à forger la conviction du juge sur l'existence ou l'inexistence d'un fait¹¹³. Sur quelques points, cependant, le chapitre huitième du deuxième titre pourrait être amélioré à nos yeux.

2. L'audition des parties

En l'état actuel, les déclarations faites par les parties lors de leur interrogatoire ne constituent pas un moyen de preuve. Elles ne peuvent être retenues en leur faveur. Il s'agit là d'une question controversée et délicate¹¹⁴.

Appliquée dans toute sa rigueur, l'interdiction d'incorporer les déclarations des parties au matériel probatoire, et en particulier les *pro se pronunciations*, peut avoir des conséquences inéquitables lorsque l'une d'elles rencontre des difficultés de preuve insurmontables.

A l'inverse, l'admission d'un tel moyen de preuve suppose que le législateur accorde au juge une confiance presque absolue.

113 La difficulté subsiste, en l'état actuel, au stade de la révision, puisque l'art. 403 CPCN se réfère à certains moyens de preuve déterminés.

114 Cf. *supra*, p. 245; les lois récentes distinguent l'interrogatoire informatif (informativer Parteibefragung), l'audition simple (einfache Befragung) et la déposition à titre de preuve (Beweisaussage unter Strafandrohung). Le système formé par cette gradation constitue ce que la doctrine germanophone appelle la «dreistufige Parteivernehmung». Cf. aussi A. Würzburger, in *StZ* 1982 p. 310 ss.

Dans tous les cas, on ne saurait voir dans la preuve sermentale un substitut satisfaisant de la déclaration valant moyen de preuve. Le serment ne peut être déféré que dans des hypothèses et selon un processus très précis. De plus, il s'agit d'une preuve légale, vestige d'une théorie de la preuve surannée, qui tend à disparaître en droit, dans les lois récentes, et en fait, où l'on applique des lois anciennes. A notre avis, le serment n'a plus sa place en droit moderne. Il devrait être remplacé par l'audition à titre de preuve, que le juge apprécierait librement.

3. *L'obligation de produire des titres*

Le Code de procédure civile neuchâtelois ne prévoit qu'une obligation limitée de produire des titres. La réglementation des articles 263 ss. CPCN procède d'une conception privatiste du devoir d'édition¹¹⁵: une partie ou un tiers ne peuvent être astreints à produire un titre que dans la mesure où la partie requérante est concernée par le contenu de la pièce, c'est-à-dire lorsque le devoir d'édition trouve un étai dans le droit privé. Sont réservés, évidemment, les cas dans lesquels le droit fédéral impose la production de certains documents¹¹⁶. A notre sens, le caractère franchement procédural¹¹⁷ de l'obligation devrait être reconnu, avec, pour corollaire, une extension sensible de celle-ci¹¹⁸. Selon plusieurs codes de procédure récents, un plaideur est tenu de produire un titre si la partie requérante allègue que la pièce est apte à établir un fait contesté et pertinent. Si le requis conteste être en possession du titre, il est invité, sous la menace de sanctions pénales, à renseigner le tribunal sur le lieu de situation actuel du document. Le juge apprécie le refus de fournir les informations nécessaires. Le même devoir incombe aux tiers, qui peuvent toutefois se mettre au bénéfice des dispositions relatives au refus de témoigner¹¹⁹.

115 Guldener, ZPR, p. 335.

116 Art. 963 CO.

117 Herzog, p. 8; J.-M. Schwab, *Devoir de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces*, thèse, Lausanne 1976, p. 19 ss.; Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 8. Dezember 1980, p. 59; cf. aussi Hauser, p. 216 ss.; Casanova, p. 119; Kauper, p. 19.

118 Cf. les art. 138 à 142 nCPCF; Perrot, cours, p. 471 ss.

119 Walder, ZPR, p. 373; § 184 ZH; art. 236 BE; § 237 TG; art. 164 AR; § 239 pAG; sur les limites du devoir d'édition, cf. Herzog, p. 27-38; J.-M. Schwab, op. cit. à la n. 117 supra, p. 27 ss.

4. *L'ordonnance de preuves*

On peut regretter aussi, de façon plus générale, la disparition de l'ordonnance de preuves, telle que l'entendait le CPCN 1876. La pratique en avait certes fait une formalité superflue¹²⁰, mais l'ordonnance de preuves, définissant concrètement le fardeau de la preuve dans chaque cas d'espèce, peut rendre à notre avis de grands services, clarifiant les données du procès, mettant les parties à l'abri de mauvaises surprises, et leur permettant, cas échéant, de contester immédiatement une répartition du fardeau de la preuve erronée¹²¹.

5. *La conservation de la preuve*

Enfin, il est un point sur lequel notre droit judiciaire peut encore progresser sensiblement, à notre avis. Il s'agit de la conservation des preuves. En 1953 déjà, M. Kehl recommandait un usage plus étendu des moyens de reproduction du son et de l'image¹²². La possibilité de consigner divers actes d'instruction sur une bande magnétique ou sur un film, comme par exemple l'interrogatoire des parties, l'audition de témoins ou d'experts, une vision locale, etc., permet d'éliminer pour partie les approximations liées à un processus plus classique d'enregistrement de la preuve. L'accueil relativement tiède que les lois de procédure récentes ont réservé à ces techniques nouvelles incite à la prudence. Signalons tout de même l'article 174 nCPCF, qui habilite le tribunal à faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audio-visuel de tout ou partie des opérations effectuées¹²³. De longue date, le Handelsgericht de Zürich utilise la bande magnétique comme auxiliaire permettant une retranscription fidèle des déclarations faites par les témoins¹²⁴, nonobstant une salve de critiques doctrinales¹²⁵, dont on résumera brièvement les points essentiels.

120 E. Schurter/H. Fritzsche, *Das Zivilprozessrecht der Schweiz*, vol. II, 2, Zürich 1933, p. 489 n. 809.

121 G. Leuch, p. 220, souligne l'importance de l'ordonnance de preuves en droit bernois. On peut objecter, il est vrai, que la proposition formulée dans le texte entraînerait pour le juge un surcroît de travail non négligeable. Dans le système actuel, les tribunaux ne s'interrogent concrètement sur la répartition du fardeau de la preuve que lorsque la preuve d'un fait a échoué. Compte tenu de l'engorgement actuel des tribunaux, cet argument pourrait se révéler décisif, si la question venait à se poser lors d'une révision législative.

122 SJZ 1953 p. 52.

123 Voir Perrot, cours, p. 498; Vincent, N° 705; cf. aussi l'art. 179 al. 2 AR.

124 SJZ 1966 p. 306-307; BlzR 63 N° 25 (p. 66); voir aussi W. Hauser/R. Hauser, *Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911*, 3^e éd., Zürich 1978, p. 537-538.

125 M. Lutz, in SJZ 1966 p. 101 ss.; E. Etter, in SJZ 1966 p. 138 ss.; W. Haller, in SJZ 1966 p. 357-358.

Pratiquement, l'utilisation du magnétophone passe pour être peu économique, engendrant des pertes de temps considérables ainsi qu'un risque de confusion des voix. La bande fixe une quantité de renseignements inutiles et encombrants, qui en rendent l'écoute fastidieuse.

Juridiquement, M. Lutz observe que, faute d'une disposition expresse, les parties, leurs mandataires et les témoins peuvent invoquer les droits attachés à la personnalité pour refuser d'être filmés ou enregistrés¹²⁶. Sans doute, mais cela n'exclut pas l'utilisation de tels moyens, avec l'accord des intéressés.

Sur le plan procédural, les techniques nouvelles posent avant tout des problèmes de forme, car de nombreuses lois de procédure disposent que les déclarations faites à l'audience doivent être consignées au procès-verbal. Pour avoir pleine valeur juridique, celui-ci doit, dans certains systèmes, être lu au déclarant, puis contresigné par lui. Enregistrées sur une bande magnétique, les fausses déclarations d'une partie ou d'un témoin ne seraient pas punissables pénalement, l'audition n'étant pas verbalisée dans les formes légales. Ces critiques formelles perdent toute leur force dans l'optique du droit désirable, puisque le législateur cantonal est libre de choisir la forme applicable à l'audition en justice et les conditions de sa perfection.

De lege ferenda, M. Lutz estime que le remplacement du procès-verbal par la bande magnétique (ou le film) entraînerait une extension indésirable de la punissabilité au sens des articles 306 ss. CPS, la personne entendue perdant la faculté de contrôler ses dires¹²⁷. E. Etter redoute une atteinte à la sécurité du droit, qui serait mieux servie, selon lui, par la méthode de verbalisation traditionnelle¹²⁸.

Sur la première objection, on ne conteste pas la vraisemblance du phénomène prévu par M. Lutz, pour autant que le support mécanique se substitue purement et simplement au procès-verbal. Nous hésitons pourtant à y voir un grave danger. Une personne capable de discernement doit être capable de mesurer le risque qu'elle encourt en travestissant la vérité, si on l'en avertit avant qu'elle ne commence à s'exprimer. Rien ne l'empêche, au surplus, de se rétracter en cours d'audition, ou de réajuster ses propos. Il n'est pas excessif de présumer chez la personne entendue une mémoire suffisante pour qu'elle puisse confirmer, au terme de son audition, la véracité des explications fournies, d'autant qu'un mensonge ne manque pas de se

126 P. 102-103; cf. aussi Etter, p. 140; comp. Guldener, Bundesprivatrecht, p. 54.

127 P. 105, 107.

128 P. 140.

graver dans la mémoire de celui qui le profère, particulièrement dans ces circonstances. Enfin, il y a de nombreuses infractions à la loi pénale déclarées réalisées sans que leur auteur ait été spécialement mis en garde, comme peut l'être le témoin à qui le greffier relit le procès-verbal de ses déclarations.

Quant à la seconde objection, elle nous paraît plus faible encore. Les moyens de reproduction modernes restituent les opérations enregistrées de manière infiniment plus fidèle qu'un procès-verbal, aussi soigné soit-il. Les possibilités de trucage sont à peu près équivalentes¹²⁹, pour autant que le tribunal observe quelques mesures de précaution élémentaires¹³⁰. Nous voyons mal, en vérité, en quoi une technique d'enregistrement appropriée pourrait mettre la sécurité du droit en péril. Cette crainte paraît provenir de l'idée que E. Etter se fait de l'utilisation de la bande: celle-ci ne constituerait qu'un aide-mémoire à partir duquel le greffier rédigerait un résumé destiné au dossier. Or on peut envisager un système différent. A notre sens, les techniques de reproduction nouvelles devraient assumer une fonction secondaire de contrôle. Il ne s'agirait pas de les substituer aux procès-verbaux, mais de leur donner un rôle de complément, afin que les membres de l'instance de jugement ou de recours puissent se référer, en cas de doute, à un auxiliaire plus précis que la retranscription dictée par le juge instructeur.

Ainsi conçu, l'emploi de procédés nouveaux ne semble pas de nature à provoquer de graves inconvénients pratiques: il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'en faire un usage systématique, mais il serait juste, à notre avis, que les plaideurs obtiennent la faculté de le requérir en certaines occasions. Il en résulterait certes un relatif accroissement du coût de la justice. La procédure a toujours été une denrée de luxe, et le progrès que représentent les techniques de conservation nouvelles nous paraît hors de proportions avec l'augmentation mineure des frais qui seraient liés à leur utilisation au prétoire. Au pire, il serait possible de mettre les frais de l'opération à la charge de la partie requérante. M. Lutz a d'ailleurs relevé le rôle déterminant que pourraient jouer les procédés de conservation modernes en cas de révision¹³¹.

129 S'il est possible de réaliser des miracles par coupes et montages, la graphologie n'offre pas non plus des garanties irréfragables d'infailibilité; cf. Stein/Jonas, II 3 avant le § 371 ZPO; voir aussi Encyclopédie Dalloz, 2^e éd., preuve, N° 1089; Carel, in Gaz. Pal. 1957, Doctrine, p. 34-35.

130 Selon l'art. 174 al. 2 nCPCF, l'enregistrement est conservé au secrétariat de la juridiction. Chaque partie peut demander qu'il lui en soit remis, à ses frais, un exemplaire, une copie ou une transcription.

131 P. 107.

IV. *La revision*

1. *Les concours*

En bonne logique, les corrections et ajustements que la revision permet, a posteriori, doivent être possibles en cours d'instance également. A défaut, le droit judiciaire se met en contradiction avec lui-même – s'il exclut purement et simplement toute possibilité de correction, selon la date à laquelle l'élément nouveau parvient à la connaissance de la partie lésée – ou se révèle inutilement mal pratique – s'il contraint les plaideurs à attendre l'entrée en force du jugement pour se pourvoir aussitôt en revision.

On l'a constaté, la situation actuelle est incertaine. La relation de complémentarité entre la revision et les instruments prioritaires, utilisable en cours de procédure, doit être définie de manière plus claire. Le rattachement de l'autorité de la chose jugée à la date du prononcé du jugement, ainsi qu'une extension du droit de présenter des nova, constitueraient les mesures les plus rationnelles dans ce sens. De même, en assignant à la réforme une pure fonction correctrice d'erreurs fautives, on éliminerait toute interférence entre ce moyen et la revision.

Dans cette même optique, le relief de défaut serait admissible alors même que le requérant le solliciterait pour la seconde fois dans la même cause, pour autant qu'il invoque un motif propre à fonder la revision du jugement à rendre.

Le domaine de la revision se trouverait ainsi exclusivement limité à l'apparition d'un événement nouveau, postérieur au prononcé de l'acte attaqué, ce qui se justifierait tant au point de vue logique qu'au regard du postulat d'économie. Enfin, et surtout, les modifications suggérées permettraient d'estimer si le recourant satisfait au devoir de diligence qui lui incombe sans qu'il soit nécessaire de verser dans la divination.

2. *Les conditions subjectives de recevabilité*

Le caractère très sommaire de la loi laisse à l'exégète une large marge d'interprétation, dont il a été fait usage dans la deuxième partie. Nous ne reviendrons pas sur ce thème sinon pour déplorer l'incohérence du système actuel, en ce qui concerne l'intervention et la dénonciation de litige. Il serait opportun, de lege ferenda, d'instituer l'intervention agressive créatrice d'une instance nouvelle, et d'admettre que la dénonciation de litige engendre en principe un rapport d'instance entre le dénonçant et le dénoncé.

3. *Les conditions objectives de recevabilité*

A. *La compétence*

Il n'y a rien à objecter à la teneur de l'article 406 CPCN, ni en théorie, ni en pratique. La faculté de récuser le juge, dont le recourant dispose lorsqu'il invoque une manœuvre dans laquelle le magistrat aurait été impliqué, préserve suffisamment ses intérêts.

C'est à juste titre que le Tribunal cantonal a considéré que l'appel du jugement rescindant n'emportait pas attraction de la compétence pour statuer sur le rescisoire. L'effet dévolutif de l'appel ne s'étend pas au-delà de l'objet du litige en instance de revision au sens étroit. La compétence pour prononcer le jugement rescisoire appartient au tribunal inférieur, sans qu'un renvoi soit nécessaire.

B. *L'acte attaquant*

La lettre de la loi est indiscutablement trop étroite¹³². Un regard sur l'OJF a permis d'étendre le sens de l'expression «jugement au fond» à toute décision qui équivaut en réalité à la perte d'une action. Quelques points mériteraient d'être précisés dans la loi.

D'abord, le statut des jugements séparés suscite une certaine perplexité, car ils jouissent, selon leur objet, d'une indépendance variable par rapport au jugement final. Une disposition prévoyant que le recours en revision dirigé contre le jugement final se rapporte aussi aux décisions qui l'ont précédé lèverait les difficultés apparues lorsqu'il a été question des jugements incidents. De même, il serait indiqué de consacrer expressément le principe selon lequel une décision incidente est attaquant immédiatement par voie de revision, si elle lie le juge pour la suite de la procédure.

Les raisons pour lesquelles l'invalidation d'une convention relative aux effets accessoires du divorce peut être soumise à la procédure de revision ont été exposées. On a constaté, également, qu'une telle convention, dans la mesure où elle porte sur des droits disponibles, constitue en fait une transaction, ou, à tout le moins, présente de grandes analogies avec une transaction. Dès lors, il nous paraît souhaitable que les actes de disposition assimilables à un jugement soient tous soumis à un régime d'invalidation

132 Schüpbach, *vices*, p. 95.

identique. Il faut considérer, pour cela, qu'ils ne mettent pas fin au litige ipso jure, mais que cette conséquence s'attache à la décision par laquelle le juge ordonne le classement du dossier. Il n'y a d'ailleurs rien d'artificiel à cela. Une transaction illicite ou contraire aux mœurs est nulle. Le juge est tenu de ne pas la prendre en considération. Dans les cas limite, c'est de sa décision que dépend l'effet extinctif d'instance d'un tel acte, en l'état actuel déjà. De même, un désistement ou un acquiescement peut être motivé par son auteur. S'il ressort de cette motivation que l'acte n'est pas pleinement valide – le déclarant affirme agir sous la menace –, le juge l'écartera, c'est-à-dire le privera d'efficacité procédurale, alors même qu'une ratification est possible sur le plan civil. Du point de vue procédural, il n'est pas illogique de déplacer le centre de gravité du couple acte de disposition/acte d'enregistrement, globalement, en direction du second élément; de déclarer en conséquence que le premier est attaquant au travers du second. Cette question ne préjuge en rien du motif de revision invocable.

D'après la jurisprudence¹³³, tout jugement qui tranche une question de façon définitive jouit de l'autorité de la chose jugée, même s'il ne s'agit pas d'un jugement au fond. On peut donc reconnaître aux jugements *processuels d'irrecevabilité une autorité limitée à la question tranchée*. S'il reste loisible à la partie dont la demande a été déclarée irrecevable de renouveler sa demande, les frais et dépens de l'instance jugée irrégulière restent à sa charge. Cette limitation du droit de recourir ne s'impose pas à notre avis. On a constaté par ailleurs qu'un jugement d'irrecevabilité pouvait, dans certains cas, compromettre la protection de la prétention portée en justice.

Certaines lois contiennent une disposition réglant spécialement le sort du jugement de divorce attaqué par voie de revision¹³⁴. L'obstacle éventuel au succès du recours, en pareille hypothèse, relève exclusivement du droit de fond. Une règle traitant cette question n'a pas sa place, à notre avis, dans une loi de procédure cantonale.

On ne reviendra pas sur le statut de la décision sur recours, en tant qu'acte attaquant. Nous persistons à croire que lorsqu'un jugement de première instance est «confirmé» en seconde instance, il serait logique de le déclarer efficace et, dès lors, attaquant par voie de revision. Une réforme al-

133 CCC VI 183ss.

134 Art.441 SG; art.476 al.2 VD; § 274 al.3 AR.

lant dans ce sens supposerait pourtant que le système des recours, cantonal et fédéral, soit entièrement repensé, que l'effet dévolutif soit redéfini¹³⁵. En l'état actuel, le demandeur en revision doit se résigner à perdre un ou deux degré(s) de juridiction, dès l'instant où lui-même ou son adversaire a exercé valablement un recours ordinaire, dans la cause sur laquelle se greffe le procès en revision.

C. *Le délai de recours*

Le délai de recours actuel compte parmi les plus longs qui soient. En elle-même, la durée d'une année stipulée par l'article 405 CPCN peut paraître excessive. La sécurité du droit n'en souffre pourtant pas trop. De nombreux systèmes connaissent un double délai de déchéance, et ce n'est qu'à l'échéance du délai absolu que le jugement accède à l'irrévocabilité, satisfaisant par là aux exigences dernières de la sécurité juridique. Le choix d'un délai relatif d'une année apparaît au contraire judicieux, car il correspond aux préfixions du droit de fond, en ce qui concerne l'exercice de l'action délictuelle des articles 41 ss. CO. Son maintien sert donc une aspiration à l'harmonisation de la procédure et du droit de fond. L'introduction d'un délai absolu, calqué sur le droit civil, ne nous semble ni indispensable, ni même opportune. L'écoulement du temps affaiblit de lui-même la qualité des preuves propres à entraîner la revision d'un jugement. C'est au tribunal qu'il appartient d'apprécier si leur valeur résiste à ses ravages. De même, l'extinction du droit de recours pourra résulter, à la longue, d'un défaut d'intérêt, que l'autorité de recours constatera au vu de toutes les circonstances.

S'agissant de l'initium du délai, on a vu que l'article 405 CPCN constituait un assemblage hétéroclite né d'une rédaction quelque peu maladroite. Le point de départ du délai est étroitement lié à la cause de revision invoquée. De lege ferenda, une seule cause devrait être retenue à notre avis à l'encontre des jugements, tirée de l'apparition d'une preuve nouvelle. Il serait donc logique que le délai coure dès la découverte de cette preuve, conformément à une pratique répandue. Un régime spécial ne s'impose pas de manière péremptoire, lorsque la preuve nouvelle se rapporte à un acte réprimé par la loi pénale. Il appartient au juge civil de décider s'il y a lieu de

135 Le législateur argovien ne s'est pas embarrassé de tant de scrupules; le juge de première instance est compétent pour statuer sur le recours en revision dans tous les cas; cf. § 352 AG; § 347 pAO.

surseoir à l'instruction de la cause jusqu'à droit connu sur le plan pénal, étant entendu qu'il conserve toute liberté, en ce qui concerne l'appréciation des preuves administrées au pénal. Le jugement pénal, en tant que tel, ne fait pas courir le délai. Est déterminante, au contraire, la date à laquelle le requérant se trouve en situation d'invoquer les preuves utiles au succès d'un recours éventuel. Lorsque plusieurs éléments concourent à la définition de l'ouverture à revision, le délai ne commence à courir que lorsque la partie lésée dispose de moyens suffisants pour démontrer que le jugement entrepris ne résiste pas à la critique. Dans la règle, cette date correspond d'ailleurs à la «connaissance sûre» souvent jugée déterminante en cas d'apparition d'un fait nouveau.

D. La forme et le contenu du recours

La rédaction des articles 407 et 408 CPCN n'est pas très heureuse à notre avis.

D'une part, le renvoi général à la procédure ordinaire, que dispose l'article 408 CPCN, paraît enlever à première vue une partie de sa rigueur à la disposition qui fixe le délai de recours. A tout le moins, la juxtaposition des articles 407 et 408 CPCN suggère une différence de traitement, en ce qui concerne la validité de l'instance, selon que la revision doit être sollicitée du Tribunal cantonal ou d'une juridiction inférieure.

Ensuite, l'article 407 CPCN, contrairement à l'article 408 CPCN, ne fait allusion qu'à la forme de la procédure de cassation, ce qui sous-entend un régime hybride, ressortissant formellement à la cassation et matériellement à la procédure ordinaire.

Enfin, il n'est guère cohérent de soumettre la procédure de revision aux dispositions qui régissent l'instance principale dont est issu le jugement attaqué, lorsque celui-ci émane d'une juridiction inférieure ou de la Cour de cassation, mais non pas lorsque le Tribunal cantonal fonctionne comme juridiction unique¹³⁶.

Quant au contenu du recours, il serait opportun d'exiger du recourant qu'il produise ou invoque d'emblée les preuves dont il entend faire état, afin que le juge puisse estimer immédiatement ses chances de succès¹³⁷. Il

136 S'agissant de l'appel, un régime spécial pourrait se justifier à la rigueur, pour des raisons de clarté: la jurisprudence considère en effet que la motivation de l'acte d'appel est facultative; cf. RJN 4 I 145; voir toutefois RJN 1 I 238ss.

137 Comp. SJZ 1969 p.214; *Entscheide des Kantonsgerichtes St.Gallen* 1943 N° 5; contra, BJM 1963 p.33.

s'agirait là d'une contribution à l'économie et à la rapidité de l'administration de la justice.

E. La renonciation et le retrait

La plupart des lois de procédure civile renoncent à prévoir une règle spécifique relative à l'admissibilité d'une renonciation à recourir en révision ou aux effets d'un retrait du recours. La loi peut effectivement se dispenser de régler la question, qui doit être résolue de cas en cas au regard des dispositions matérielles relatives à la protection de la personnalité. En revanche, les effets que l'actuel article 412 CPCN attache au retrait de la demande (en tant que désistement d'action) apparaissent excessifs. Cette disposition doit disparaître, pour les raisons qui seront exposées plus loin ¹³⁸.

4. Les ouvertures

A. En général

La rédaction de l'article 403 CPCN procède d'une double préoccupation: il s'agit de rectifier la base du jugement, lorsqu'apparaissent des preuves nouvelles particulièrement fiables; il s'agit aussi de sanctionner le comportement répréhensible d'une personne participant au procès. La loi satisfait pour partie à ces deux aspirations, sans les réaliser vraiment l'une ou l'autre.

Comme nombre d'institutions juridiques, la révision partage les esprits, quant au choix de la technique appropriée, sur le plan législatif. La France et l'Allemagne ont opté pour la casuistique. On observe, en Suisse, particulièrement en Suisse orientale, une tendance favorable à la clause générale, complétée parfois par une ou plusieurs ouvertures décrites de façon plus précise. Nous préférons la seconde méthode. Comme on l'a vu, tout jugement s'élabore selon un processus très complexe qui met en œuvre une somme de phénomènes rationnels et affectifs, partiellement irréductibles à une logique objective. Chaque procès comporte ses agents de persuasion propres.

L'option, fondamentale, en faveur de la libre appréciation des preuves par le juge, implique l'éclosion d'une multitude de vecteurs de conviction étrangers au système de la preuve légale. La révision sanctionne la destruction positive de l'un des facteurs nécessaires à la formation de la

138 Cf. *infra*, p. 353.

conviction du juge. La confiance que le législateur accorde au magistrat, lorsqu'il est chargé de dire le droit, pourquoi la lui refuser par un retour partiel à la preuve légale, à l'heure de la correction? La seule explication possible doit être recherchée dans les exigences de la sécurité juridique. Bâle-Ville, Bâle-Campagne et le canton de Vaud restreignent ainsi la revision à la preuve d'une infraction pénale et à la découverte d'un titre que le requérant n'avait pas pu produire lors de la première procédure. Il se justifie, certes, de poser des conditions élevées quant à l'aptitude de l'élément nouveau à ébranler les bases du jugement attaqué; il n'est pas nécessaire ni opportun, en revanche, de limiter l'admissibilité du recours à l'apparition de telle preuve déterminée¹³⁹. Il suffit d'indiquer au juge le niveau absolu et relatif de force persuasive exigée.

Nous entendons par niveau absolu celui d'une preuve apte à emporter la conviction du juge, abstraction faite de tout autre matériel probatoire.

Le niveau relatif est déterminé par l'examen du contexte dans lequel le jugement attaqué est venu à chef¹⁴⁰.

A notre avis, le mécanisme de la revision doit s'articuler autour de ces deux notions, envisagées successivement. Il y a lieu à revision si le recourant apporte la preuve concluante d'un fait pertinent (directement ou non⁽⁴¹⁾) pour l'issue du litige, et si cette preuve ébranle la conviction du juge sur la vraisemblance d'un fait directement pertinent¹⁴².

La suggestion n'a rien de révolutionnaire: il s'agit uniquement de l'expression épurée des nombreuses causes de revision typiques rencontrées dans la première partie de ce travail. Remarquons au passage que le fait auquel se rapporte la preuve apportée par le recourant ne se confond pas nécessairement avec celui qui se trouve au centre du débat dans la phase du rescisoire. Prenons l'exemple classique de l'infraction pénale qui aurait influencé le jugement: le jugement de condamnation prouve le délit, fait indirectement pertinent. Ce fait éclaire l'appréciation d'un autre fait, directe-

139 Art. 275 GR.

140 Comp. Walder, Wiederaufnahme, p. 347-348.

141 Contrairement à la PCF 1850, qui ne prenait en considération que les preuves nouvelles relatives à un fait directement pertinent allégué par le recourant lors du premier procès; cf. ATF 61 II 362; 56 II 395; 40 II 429; 39 II 442; 31 II 780, 807-808; 30 II 182-183; 28 II 172.

142 O. L. Bergmann préconise également (p. 107 ss.) l'abandon de la distinction entre les faits nouveaux et les preuves nouvelles, en observant par ailleurs (p. 67 ss.) que la revision peut être justifiée par la survenance d'un événement qui n'entre ni dans la notion de fait nouveau, ni dans celle de preuve nouvelle. Exemple: un témoin fait une déclaration contraire à la vérité sur un fait important, et ne réalise son erreur qu'après la clôture du procès (comp. ATF 86 II 200 i. l.; 64 II 44). A notre avis, l'aveu ainsi recueilli constitue un indice nouveau.

ment pertinent, d'une lumière nouvelle; en revanche, lorsque le demandeur en revision produit un titre établissant la réalité d'un fait qu'il avait allégué lors du premier procès, c'est à ce fait-là que le juge vouera son attention dans les deux phases de l'instance en revision.

Le couple formé par la preuve nouvelle et le fait auquel elle se rapporte est indissociable. «Le Code pénal distingue le <fait> et le <moyen de preuve>», écrit F.Clerc, qui ajoute: «à première vue, cette précaution peut paraître superflue, car un fait ne peut être pris en considération que s'il est prouvé»¹⁴³. Notre auteur approuve néanmoins la précision apportée par la loi, au motif que le demandeur peut fort bien invoquer un fait plausible, qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'établir. Le droit de procédure civile neuchâtelois fonctionne selon une dynamique sensiblement différente de celle qui anime le procès pénal. Sur le plan du fait, le procès civil se développe encore principalement sous la responsabilité des parties. Dès lors, un procès en revision ne devrait pas pouvoir prendre son essor, à nos yeux, sur la seule base d'allégations plausibles. Le caractère prépondérant de la preuve ressort d'ailleurs, dans de nombreuses lois, des règles de forme relatives à l'acte de recours. L'indication des moyens de preuve apparaît souvent au chapitre des rubriques essentielles¹⁴⁴.

L'adoption d'une clause générale paraît élargir sensiblement le domaine du recours, tel que la loi le définit actuellement. Elle supprime avant tout une discrimination exhalant un relent punitif. Elle rétablit par ailleurs un équilibre rompu par l'adhésion du canton de Neuchâtel au Concordat intercantonal sur l'arbitrage¹⁴⁵. Enfin, elle n'implique pas une extension très considérable des possibilités concrètes de revision, malgré une renonciation générale au lien de pertinence direct et à la preuve qualifiée.

143 P. 72.

144 Art. 140 OJF; § 248 BS; art. 294 b al. 1 VS; § 301 TG; art. 291 al. 1 lit. a UR; § 216 al. 2 ZG; art. 285 AI; art. 375 al. 1 SH; art. 324 ch. 2 GL; § 327 al. 2 NW; § 225 al. 3 SZ; § 296 al. 3 ZH; art. 276 al. 2 ch. 3 AR; § 348 pAG; § 434 pLU; § 281 al. 1 pTG; dans le même sens qu'ici, Soliva, p. 38; K. Eichenberger, Beiträge zum Aargauischem Zivilprozessrecht, Aarau 1949, p. 288.

145 Sur le recours en revision dans l'arbitrage, cf. Briner, revision; Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier. N° 536ss.; Rüede/Hadenfeldt, p. 361ss.; P. Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 540ss. Si l'on considère la nature mixte de l'arbitrage, il est paradoxal que le recours en revision soit ouvert plus largement en matière arbitrale, à l'heure actuelle, que lorsque les parties se tournent vers les organes judiciaires de l'Etat.

B. *La renonciation au lien de pertinence direct*

On se souvient que le Tribunal fédéral n'envisage, comme faits nouveaux au sens de l'article 137 lit. b OJF, que les circonstances de nature à modifier l'état de fait admis par le juge¹⁴⁶. Si l'on perçoit dans cette formule le sens que les juges fédéraux ont voulu y mettre, savoir l'exigence d'un lien de pertinence direct, elle n'en reste pas moins creuse¹⁴⁷, car l'état de fait placé à la base du jugement résulte d'une somme de perceptions, organisée par le raisonnement, dont chacune apporte sa contribution à la construction de l'édifice¹⁴⁸. Il n'existe pas de raison impérative de procéder en principe à une ségrégation fondée sur la distance logique qui sépare le fait nouvellement établi et la base du jugement¹⁴⁹. Ce refus se justifie déjà par le fait qu'on ne peut définir a priori par quels détours un tribunal en arrivera à retenir l'existence de tel fait, directement pertinent pour l'issue du litige. Il se peut fort bien que l'élément établi par le recourant en revision, sans être lui-même directement pertinent, apporte la démonstration moins tortueuse du fait contraire¹⁵⁰. Dans un cas semblable, il n'y a pas de raison de refuser la revision. On peut discuter l'aptitude d'un fait auxiliaire à ébranler les bases de l'acte attaqué. Doctrine et jurisprudence la contestent dans son principe¹⁵¹. Pour les mêmes raisons que ci-dessus, nous préférons laisser le juge libre d'apprécier concrètement si un fait auxiliaire atteint un degré d'importance tel qu'une nouvelle appréciation globale se justifie¹⁵². N'oublions pas qu'un fait auxiliaire peut ruiner la force probante d'une preuve: soit une missive versée au dossier comme preuve littérale. Il se révèle après coup que son auteur putatif est illettré. Cette circonstance peut se révéler décisive, quand bien même le faux n'aurait été ni reconnu ni déclaré. Dans l'ATF 86 II 198ss., le Tribunal fédéral mentionne, comme exemple

146 ATF 88 II 63; 86 II 199.

147 Plus précisément, elle exprime le contraire de la restriction que le contexte dans lequel elle se trouve lui apporte.

148 Comp. ATF 59 II 194 i. m.

149 Pour l'indice, cf. notamment HP. Marti, p. 19, 33ss.; Rust, p. 119ss.; comp. ZBJV 1926 p. 423-424; 1948 p. 456; BIZR 55 N° 77; 57 N° 148.

150 C'est ce qu'admettent implicitement ceux qui reconnaissent l'aptitude d'un indice à fonder la revision, mais qui l'assimilent à une preuve, pour préserver l'exigence générale du lien de pertinence direct, en ce qui concerne les faits nouveaux; cf. n. 149 supra, et p. 85-86.

151 Walder, Wiederaufnahme, p. 344, 347, la reconnaît au contraire en droit pénal; comp. ATF 61 II 267; HP. Marti, p. 19-20; Rust, p. 100, 122. La jurisprudence du TFA, plus précise que celle de la première Cour civile, distingue les circonstances qui se rapportent à la «Tatbestandswürdigung» de celles qui ont trait à la «Tatbestandsermittlung»; cf. ATF 108 V 172; ATFA 1959 p. 7.

152 Dans le même sens, K. Eichenberger, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949, p. 288, 289.

d'un fait qui ne serait pas nouveau par rapport à l'objet du litige, l'hypothèse d'une collusion entre une partie et l'expert mandaté par le tribunal. Il s'agit, ici aussi, d'une circonstance dont la conséquence directe n'est autre que d'affaiblir la valeur probante de l'expertise, les suites indirectes consistant dans une décroissance de la vraisemblance du ou des fait(s) retenu(s) sur la base de l'expertise. L'intelligence déloyale entre le plaideur et l'expert constitue, à n'en pas douter, une machination frauduleuse au sens de l'actuel article 403 CPCN, ce qui confirme, si besoin est, le caractère hétéroclite de l'assemblage que renferme cette disposition.

La notion de machination frauduleuse, ou plus simplement de fraude, porte en elle la vertu d'une maniabilité autorisant le juge à s'écarter de la stricte opposition entre le fait directement et le fait indirectement pertinent. Cet acquis peut être conservé et généralisé. A notre avis, l'autorité de recours devrait se reporter au «rapport de force persuasive» en présence lors du procès originaire, opération qui, seule, permet d'évaluer l'importance du fait nouvellement démontré. Qu'on ne voie pas dans ce raisonnement un retour à la confusion des opérations ressortissant au rescindant et au rescisoire. La preuve nouvelle doit être appréciée pour elle-même, in abstracto. Intégré au contexte du procès initial, le couple fait/preuve révélera sa capacité concrète à requérir une reconsidération globale ou partielle de la cause et, cas échéant, l'administration de nouvelles preuves. Dans l'affirmative, le jugement doit être rescindé pour permettre un assainissement du complexe probatoire. Dans le cas de l'exemple, un nouvel expert sera mandaté, dont rien n'indique a priori que ses conclusions divergeront de celles qu'a présentées son collègue convaincu de forfaiture.

La renonciation au lien de pertinence direct n'est autre que le tribut, légitime à notre avis, consenti à une approche plus subtile du «Beweissicherheitsprinzip».

Au reste, les restrictions généralement admises sur le plan temporel conservent toute leur raison d'être. La cause de revision se rapporte toujours à un fait existant au moment du jugement. Un événement objectivement nouveau et directement pertinent ne saurait être pris en considération.

Enfin, le maintien d'un devoir de diligence compris strictement évite que les plaideurs ne sollicitent la revision aux fins de se restituer par la petite porte une possibilité de critiquer l'appréciation des preuves.

C. *L'abandon de la preuve qualifiée*

Si le titre se révèle une preuve particulièrement fiable¹⁵³, d'autres moyens de preuve peuvent présenter une sécurité comparable. Puisque le tribunal peut s'y référer pour forger sa conviction, on voit mal pourquoi il ne pourrait s'en servir pour constater qu'elle était mal fondée. Passons-les rapidement en revue.

Les déclarations faites en justice, que nous supposons remplacer le serment, constituent le moyen de preuve le plus faible, en tant que le recourant entendrait établir par ses propres affirmations la réalisation de l'ouverture à revision. Leur caractère concluant paraît assez douteux en valeur absolue¹⁵⁴. Le demandeur en revision qui n'invoquerait que sa propre parole ne saurait obtenir la rétractation de l'acte attaqué. On peut en revanche retenir l'audition du demandeur, en ce qui concerne la preuve de ce que le recours a été interjeté en temps utile¹⁵⁵.

Tout autre est la valeur probante de la déclaration émanant de la partie adverse. En pratique, seul entre en considération l'aveu extrajudiciaire, dont la preuve peut être rapportée de diverses manières¹⁵⁶. Au besoin, le recourant peut solliciter l'interrogatoire de l'intimé sur la réalité de l'aveu, mais non pas sur le fait avoué lui-même, à moins qu'il n'en ait pas eu connaissance lors du procès originaire. A défaut, ni le fait à prouver, ni le moyen de preuve n'auraient un caractère de nouveauté.

Le Tribunal fédéral a reconnu l'aptitude du témoignage à étayer un recours en revision il y a fort longtemps déjà¹⁵⁷. La doctrine moderne l'admet également¹⁵⁸. La preuve testimoniale pose un problème délicat lorsqu'elle se rapporte à un point sur lequel un témoin est tenu au secret. Sa force intrinsèque ne s'en ressent nullement, mais l'unanimité ne règne pas quant à savoir si une telle preuve peut être prise en considération. Le thème des preuves obtenues ou exploitées de manière illicite sera abordé séparément.

153 Bien que sa valeur probante dépende d'opérations intellectuelles transitant parfois par l'appréciation d'autres preuves; cf. Braun, p. 265-266, notamment n. 96.

154 A l'inverse, il se conçoit parfaitement que le recours s'en prenne à la vraisemblance d'un fait retenu sur la base d'une telle déclaration; cf. ATF 59 II 193-194.

155 Comp. § 231 al. 1 BL; § 303 al. 2 TG; art. 326 GL; § 281 al. 2 pTG.

156 Rust, p. 121.

157 ATF 39 II 442.

158 Forni, p. 102-103; Rust, p. 115-116, et les références; certains considèrent que la preuve nouvelle consiste dans la personne du témoin, et non pas dans ses déclarations (cf. Walder, Wiederaufnahme, p. 345 n. 24).

L'article 403 ch. I CPCN consacre déjà la valeur probante du titre. L'extension de la revision aux preuves admises en procédure ordinaire lèverait les hésitations que peut provoquer l'interprétation du mot «pièce». Cependant, comme ci-dessus, l'admissibilité de certains moyens de preuve apparentés au titre ne peut être affirmée sans autre, en raison de la protection que le droit de fond accorde aux droits de la personnalité.

On ne s'arrêtera ici qu'à une catégorie de titre particulière, savoir l'acte juridictionnel. Le jugement constate ou crée un état de droit, d'une part; il incorpore des constatations de fait, d'autre part.

En tant qu'acte de juridiction, la capacité du jugement à fonder la revision est limitée, lorsque le litige porte sur le même objet dans deux procès distincts¹⁵⁹, et nulle dans l'hypothèse inverse¹⁶⁰.

Quant aux constatations de fait qu'il contient, un jugement fournit une preuve acceptable, puisqu'il repose lui-même sur une administration de preuves. Il ne se justifie pourtant pas à notre avis de lui attribuer une position privilégiée, ne serait-ce que parce que le juge de revision est libre d'apprécier directement les preuves figurant au dossier d'une autre affaire, sans être lié par la conviction que s'est forgée un autre magistrat. Le prononcé d'un jugement pénal est parfois considéré comme une condition préalable à l'entrée en matière sur une demande en revision¹⁶¹. Cependant, même dans ce cas, le législateur apporte souvent une cautèle, en ce sens que si l'action pénale n'est pas possible, la preuve de l'infraction peut être fournie d'une autre manière¹⁶². La coexistence entre l'ouverture délictuelle et l'ouverture tirée de l'apparition d'un fait nouveau ou d'une preuve nouvelle place le juge de la revision devant une alternative. Soit il retient que la preuve de l'infraction peut contribuer à établir l'existence d'un fait indirectement pertinent, contrairement à l'ouverture générale. C'est la position du Tribunal fédéral¹⁶³. Soit il comprend la loi en ce sens que la preuve de l'infraction doit être rapportée sous une forme déterminée, pour autant que le respect de cette forme soit possible. Le choix de la deuxième branche engendre des complications qu'on peut éventuellement légitimer par un souci de cohérence entre le civil et le pénal. L'option pour la première branche illustre le dédoublement fonctionnel du recours auquel il a été fait allusion plus

159 ATF 77 II 283 ss.; cf. cependant ATF 81 I 350 et supra, p. 106.

160 ATF 61 II 362; Bally, p. 26 n. 36; Binder, p. 94; Guldener, ZPR, p. 531 n. 5; Sträuli/Messmer, n. 4 ad § 293 ZPO.

161 ATF 92 II 69 ss.; 86 II 200; 81 II 478-479; 73 II 125; 64 II 44.

162 Cf. supra, p. 85.

163 ATF 86 II 200.

haut¹⁶⁴. Cette coexistence suscite d'ailleurs des difficultés d'interprétation¹⁶⁵.

Finalement, la seule utilité que l'on puisse reconnaître à l'exigence que le dossier transite par les autorités pénales, c'est une sécurité relative en ce qui concerne l'initium du délai de recours. Cependant, rien ne s'oppose à notre avis à ce que la règle ordinaire s'applique.

De tout temps, le Tribunal fédéral a jugé l'inspection oculaire inapte à fonder la revision, parce qu'elle ne renseignait le juge que sur la situation présente¹⁶⁶. Ce point de vue est trop étroit. D'abord, la vision locale peut contribuer à établir un fait passé; révéler, par exemple, qu'un témoin placé à tel endroit ne peut avoir vu ou entendu ce qu'il prétend¹⁶⁷. Certes, il arrivera souvent que le recourant potentiel puisse se voir reprocher une violation de son devoir de diligence, surtout si les parties sont recevables, jusqu'au jugement, à invoquer des faits et à solliciter l'administration de preuves nouvelles se rapportant à un événement survenu en cours d'instance. Il se peut néanmoins qu'une inspection oculaire fournisse des indications sur la situation passée, qu'elle n'aurait pas livrées à l'époque du procès. Que l'on se remémore l'exemple de l'enfant dont le type négroïde ne s'était affirmé qu'avec le temps¹⁶⁸.

L'expertise est de loin le moyen de preuve le plus discuté, à l'heure actuelle, en matière de revision. Le Tribunal fédéral conteste sans nuance son aptitude à fonder le recours, pour les mêmes raisons, en substance, que celles qui ont été avancées à propos de l'inspection oculaire¹⁶⁹. R. Forni¹⁷⁰ se rallie en principe à la jurisprudence, de même que B. Rust¹⁷¹ et M. Guldenner¹⁷². Tous trois réservent l'éventualité d'une évolution de la science rendant possible ou fiable une preuve par expert qui ne l'était pas à l'époque du procès.

164 Cf. supra, p. 95, 215 ss., 336.

165 Voir par exemple la controverse à laquelle l'art. 368 al. 3 BE a donné naissance entre G. Leuch (p. 348) et H.P. Marti; ce dernier estime qu'il n'y a pas lieu à revision si la preuve de ce que l'infraction est réalisée ressort du dossier pénal, mais qu'il n'est pas possible de déterminer son auteur (p. 39); comp. ATF 92 II 70; Braun, p. 291.

166 ATF 39 II 442; dans le même sens, Rust, p. 117 ss., et les références.

167 Waldcr, Wiederaufnahme, p. 345-346.

168 Cf. supra, p. 93.

169 ATF 92 II 71-72; 86 II 387; 73 II 125; 61 II 361 ss.; 39 II 442. Comp. ATFA 1959 p. 5 ss. Voir aussi Zweifel, p. 19; Bally, p. 25-26; H.P. Marti, p. 32-33; Kummer, Grundriss, p. 211; Leuch, p. 346; Soliva, p. 41 n. 25; SJZ 1967 p. 193.

170 P. 103-104.

171 P. 117 ss.

172 ZPR, p. 531 n. 5.

Il faut distinguer à notre avis selon le thème de l'expertise. La sécurité du droit tolérerait certes mal que les parties se voient accorder, après la clôture du procès, une faculté dont elles n'auraient pas fait usage en cours d'instance¹⁷³ ou qui leur aurait été refusée par une appréciation anticipée de la preuve proposée¹⁷⁴. De même, la diligence que l'on peut exiger des plaideurs fait apparaître douteuse la nouveauté d'une preuve par expert qui se rapporterait à un fait allégué, donc connu¹⁷⁵. Est évidemment réservée l'hypothèse d'une évolution scientifique qui permet de conférer une force probante élevée à une méthode d'investigation inconnue ou contestée à l'époque du procès ou, à l'inverse, qui démontre la faiblesse d'une méthode incontestée lors du jugement. Dans ce cas, la revision doit être admise en principe, conformément au principe général que nous avons retenu¹⁷⁶.

Il existe d'autre part de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'expertise peut être admise en principe. Il en est ainsi lorsqu'elle porte sur un thème nouveau, mais néanmoins pertinent¹⁷⁷. Il se peut aussi qu'un événement nouveau survienne, qui remet en question l'appréciation d'une preuve administrée antérieurement, sans qu'on puisse faire grief au recourant de n'avoir pas tout entrepris à l'époque pour démontrer la vraisemblance du fait à prouver, qu'il soit directement pertinent ou non¹⁷⁸. La revision devrait même être admise, à nos yeux, dans l'hypothèse d'une contradiction entre l'expertise ordonnée lors du procès et une expertise ultérieure, si cette dernière devait révéler positivement et de façon inattendue une erreur du premier expert, en s'appuyant par exemple sur des connaissances ou une méthode scientifique manifestement supérieures. En pareil cas, le thème de la preuve est double: il s'agit dans un premier temps de ruiner la crédibilité du premier rapport (fait auxiliaire), puis d'apporter la preuve du fait directement pertinent. Un certain libéralisme s'impose si l'expertise porte sur une matière particulièrement hermétique au commun des mortels, devant laquelle l'esprit critique du juge et des parties se trouve désarmé.

173 ATF 61 II 268.

174 ATF 92 II 72.

175 ATF 39 II 442 i. f.

176 Il n'y a pas lieu de redouter apparemment une avalanche de recours en revision, liée à l'admissibilité du motif évoqué dans le texte. Rares sont, à l'heure actuelle, les découvertes révolutionnaires propres à infirmer catégoriquement les résultats obtenus sur la base des méthodes d'investigation reconnues à ce jour. Si tel devait être le cas, exceptionnellement, il se justifierait à notre avis d'autoriser la partie perdante à se prévaloir d'une telle évolution.

177 Sträuli/Messmer, n. 5 i. f. ad § 293 ZPO; Leuch, p. 346.

178 Walder, Wiederaufnahme, p. 353-354, exemples b, d.

En ce qui concerne les moyens de preuve spéciaux, seuls entrent pratiquement en considération, au stade de la revision, les moyens d'enregistrement sonore, visuel et audiovisuel. L'enregistrement visuel réalisé après le procès se heurte aux mêmes objections que la vision locale. Néanmoins, le comportement actuel d'une personne pourra constituer un indice sérieux. Exemple: un individu jugé totalement invalide est filmé, peu après le procès, en train de gambader sur un terrain de sport.

La valeur probante potentielle de ces moyens est au moins égale à celle d'un manuscrit¹⁷⁹. Concrètement, l'enregistrement n'offre des perspectives intéressantes que lorsqu'il est réalisé clandestinement. Une personne consentant à un enregistrement de ses déclarations se refusera rarement à confirmer ses propos par écrit ou devant un tribunal. Une fois encore, la question se pose en termes de licéité, thème dont il sera bientôt question.

Ce bref survol a montré qu'il n'existait pas de raison impérative d'exclure a priori telle preuve du champ de la revision, ce qui confirme l'opportunité d'abandonner la casuistique au profit d'une clause générale mentionnant, comme unique ouverture à revision, la découverte d'une preuve nouvelle. La préservation de la sécurité juridique ne serait plus assurée par une discrimination aprioriste, mais par des exigences se rapportant à la valeur probante intrinsèque de la preuve nouvelle et au devoir de diligence des parties.

Pour des raisons techniques, on ne saurait exiger une détention matérielle de la preuve nouvelle et, partant, sa production contemporaine à l'interjection du recours. Seul un objet peut être produit; d'autre part, le recourant ne dispose pas nécessairement des moyens physiques et juridiques qui lui permettraient de se procurer cet objet. La preuve invoquée ou produite n'en reste pas moins le centre de gravité du recours.

D. L'invalidité du désistement, de l'acquiescement et de la transaction

Pour ce qui est des actes assimilés à un jugement, il nous paraît opportun de s'en remettre intégralement au droit privé.

La question la plus délicate, dans le système proposé qui, rappelons-le, attribue l'autorité de la chose jugée à l'ordonnance de classement du juge, consiste à déterminer jusqu'à quel point le juge est réputé avoir vérifié les conditions de validité de l'acte de disposition. En effet, il serait contradictoire d'autoriser une partie, par exemple, à faire invalider une transaction pour cause de lésion, alors que le juge, déclarant l'instance éteinte sur la

179

Cf. n. 129, p. 330 supra.

base de cette transaction, aurait constaté implicitement sa conformité au droit. La revision n'est pas admissible en pareil cas, si elle est sollicitée uniquement pour cause de lésion, parce que la lésion est un vice patent. En revanche, il serait erroné à notre avis de refuser la revision, systématiquement, dans la mesure où une partie invoque une circonstance que le juge est censé vérifier d'office. Ainsi, la validité d'une transaction suppose la capacité de discernement des parties. S'il est conscient de l'incapacité de discernement de l'une d'elles, le juge doit, d'office, constater la nullité de la transaction. En pratique, les tribunaux ne s'interrogent sur la capacité de discernement d'un plaideur que si son comportement fait naître un doute sur sa santé mentale. A défaut, le vice aura un caractère parfaitement occulte et l'absence de discernement pourra être considérée comme un élément nouveau. On ne saurait donc retenir le critère tiré du pouvoir d'investigation théorique du juge, car cela reviendrait à soumettre la revision de l'ordonnance de classement à un régime plus sévère que celle d'un jugement, qui est indépendante de la «maxime» (d'office ou des débats) appliquée lors du procès conclu par le jugement attaquant.

Il faut donc examiner, dans chaque cas, si le juge a rendu son ordonnance en connaissance de cause ou non, ce qui variera selon le type de vice, la nature et la forme de l'acte de disposition.

E. L'exploitation d'une preuve irrégulière

Il a été question, jusqu'ici, de la qualité intrinsèque de la preuve, et de la relation de celle-ci à la construction intellectuelle attaquée. Il convient de s'arrêter encore brièvement sur le thème des limites que le droit pose à la recherche de la vérité, plus spécialement à l'utilisation en procédure (*Verwertbarkeit*) de moyens de preuve obtenus de façon illicite. Il serait présomptueux de prétendre faire en quelques lignes le tour d'un sujet aussi complexe. Les remarques qui suivent n'ont d'autre ambition que de situer le problème dans le contexte de la revision. Pour éviter de lourdes périphrases, nous désignerons par preuve irrégulière celle qui est obtenue en violation d'une règle de droit, d'une manière générale. Au sens étroit, la preuve est irrégulière lorsqu'une règle de forme a été méconneue; elle est illicite lorsque le droit matériel fait obstacle à ce qu'elle soit recherchée.

L'exploitation en justice d'une preuve irrégulière donne lieu à de persistantes controverses doctrinales. Par le passé, les opinions exprimées couvraient un éventail allant de l'admission sans réserve à l'exclusion totale¹⁸⁰. De nos jours, la conception «tolérante» perd du terrain, bien qu'elle

180 Cf. Peters, p. 147 ss.; Kauper, p. 71 ss.

subsiste sous des formes édulcorées¹⁸¹, alors que la tendance «dure» reste vivace, qu'elle se fonde sur l'unité de l'ordre juridique¹⁸² ou, de façon plus ponctuelle, sur le principe de la bonne foi¹⁸³. En particulier, la preuve obtenue par un acte portant atteinte aux droits de la personnalité¹⁸⁴ est généralement jugée inadmissible¹⁸⁵.

La jurisprudence publiée en Suisse fournit à ce propos quelques exemples contradictoires: à Bâle¹⁸⁶ et dans le canton de Vaud¹⁸⁷, on considère qu'il faut délimiter clairement le moyen et le résultat. Aux Grisons¹⁸⁸, à Zurich¹⁸⁹ et à Neuchâtel¹⁹⁰, de façon plus nuancée, les tribunaux refusent de prendre en considération un moyen de preuve obtenu de façon illicite.

Par ailleurs, la jurisprudence distingue entre la preuve irrégulière au sens étroit et la preuve illicite. Peut être exploitée la preuve que l'intéressé aurait pu se procurer conformément au droit¹⁹¹. Ce principe, consacré par la jurisprudence pénale et administrative, nous paraît pouvoir être étendu à la procédure civile. On peut être tenté d'en inférer que la soustraction d'une pièce sur laquelle existerait un devoir d'édition ne ferait pas obstacle à la production et à la prise en considération de celle-ci par le tribunal. Ce point de vue est soutenu en Allemagne¹⁹². L'idée est importante: la personne astreinte à produire une pièce peut s'y refuser. Les conséquences de ce refus sont variables: en règle générale, le tribunal l'apprécie librement¹⁹³; il se peut aussi que la preuve soit réputée rapportée¹⁹⁴, lorsque l'abstention est le fait d'une partie. Applicable en procédure ordinaire, ce procédé ne peut être étendu à l'instance en révision, qui fonctionne selon le principe de l'évidence. Il n'est pas possible d'annuler un jugement sur la seule base

181 W. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2^e éd., Bielefeld 1974, p. 445; Zeiss, p. 385 i.m.; cf. aussi Jauernig, ZPR, p. 186; Guldener, ZPR, p. 333 (comp. *Treu und Glauben*, p. 394).

182 Habscheid, *Persönlichkeitsrecht*, p. 855, qui envisage la question par rapport au droit constitutionnel; sur l'argument tiré de l'unité de l'ordre juridique, cf. Zeiss, p. 382, 389.

183 Kauper, p. 31, 59 ss.; Guldener, *Treu und Glauben*, p. 394; Voir d'autres justifications chez H. Konzen, p. 243-244, et les références.

184 Voir ATF 44 II 319 ss.; sur la notion de sphère privée et intime, cf. ATF 97 II 100 ss.

185 Cf. Grossen, in RDS 1960 II 71a-72a; *Traité de droit civil suisse*, Tome II, 1, Fribourg 1974, p. 94; Habscheid, *Spannungsfeld*, p. 366.

186 SJZ 1952 p. 239-240; cf. aussi BJM 1974 p. 52 c. 2 i. f.

187 JT 1968 III 82.

188 SJZ 1965 p. 13-14.

189 BlzR 73 N° 44; cf. toutefois Sträuli/Messmer, n. 5-7 ad § 140 ZPO.

190 RJN 6 I 187 ss.; 5 I 188-189.

191 ATF 96 I 440-441; 99 V 15; comp. F. Clerc, *Initiation à la justice pénale en Suisse*, Neuchâtel 1975, p. 149-150.

192 Zeiss, p. 385-386; Peters, p. 153, se prononce résolument en faveur de l'utilisation du titre.

193 Herzog, p. 131.

194 Guldener, ZPR, p. 336; Sträuli/Messmer, n. 8 ad § 183 ZPO.

d'une présomption de ce type. D'où l'intérêt de la jurisprudence précitée, mais aussi des dispositions relatives au devoir d'édition¹⁹⁵.

Parmi les diverses théories tendant à une juste délimitation du devoir d'écarter une preuve illicite, il en est une qui touche l'institution de la revision d'assez près: l'interdiction d'apprécier une preuve correspond en droit procédural à la sanction que le droit matériel aménage sous la forme d'une action en dommages-intérêts, affirme W. Grunsky¹⁹⁶. Passons sur les difficultés liées à la mise en œuvre pratique de ce critère et poursuivons, avec H. Konzen¹⁹⁷: l'interdiction d'exploiter la preuve est la seule sanction concevable de l'acte illicite: une fois la preuve administrée, la cause entendue, l'effet préjudiciel de la chose jugée s'oppose au succès d'une demande en dommages-intérêts. Cette théorie conduit à une prohibition générale des moyens de preuve illicites. W. Zeiss la réfute¹⁹⁸ par cet argument: on ne peut considérer comme un dommage, au sens juridique du terme, le fait, pour une partie, de succomber en justice alors que le dispositif du jugement correspond à la réalité matérielle. Cet auteur en veut pour preuve le fait que l'exploitation d'une preuve irrégulière n'ouvre accès ni à l'Arglistklage, ni à la Restitutionsklage, ces deux instruments étant destinés à la correction d'un jugement faux (unrichtig)¹⁹⁹. Une fois encore, nous retrouvons la notion de vérité matérielle, et le cortège de confusions qu'elle entraîne à sa suite. Si l'on considère le problème d'un point de vue analytique et irréaliste, on peut envisager quatre hypothèses:

- a) la preuve entachée d'illicéité²⁰⁰ a été appréciée par le tribunal, dont le jugement est entré en force;
 - aa) la preuve a contribué à convaincre le juge d'un fait inexistant;
 - ab) la preuve a contribué à convaincre le juge de la réalité.
- b) la preuve illicite est invoquée après coup, à l'appui d'une demande en revision.
 - ba) la preuve est destinée à convaincre le juge d'un fait inexistant;
 - bb) la preuve doit convaincre le juge de la réalité.

195 Cf. supra, p. 327.

196 Grundlagen des Verfahrensrechts, 2^e éd., Bielefeld 1974, p. 445.

197 P. 179 ss., 182, 242 ss., 249; de même, sur l'effet préjudiciel, K. Pleyer, in ZZP 69 p. 331.

198 P. 387-388.

199 P. 388. Observons toutefois que le § 580 ZPO ne contient pas le terme unrichtig, mais au contraire le mot günstiger, qui exhale un relent de vérité dite formelle, que W. Zeiss invoque par ailleurs (p. 385) pour s'opposer aux inconditionnels de la «vérité-à-tout-prix».

200 Au sens le plus large, dans lequel est incluse la violation, même spontanée, d'un secret ordonné par le droit.

La revision étant censée servir la recherche de la vérité matérielle et la réalisation du droit privé, la solution est claire, en ce qui concerne les éventualités aa) et ba): la revision doit être accordée à celui qui établit la réalité de l'hypothèse aa); elle doit être refusée au recourant qui se trouve dans la situation ba).

Le traitement qu'il faut réserver aux possibilités ab) et bb) dépend d'un jugement de valeur plus délicat. Si la priorité est accordée à la recherche de la vérité matérielle, la partie victorieuse s'opposera avec succès à une demande en revision introduite contre elle dans l'hypothèse ab). De même, la revision sera accordée au plaideur qui est dans la situation bb). Si l'on retient au contraire que, par une fatalité découlant de l'essence du droit de procédure, soit de son assujettissement aux choix prioritaires du droit privé, une partie n'est pas admise à utiliser le produit d'un acte illicite pour en retirer un avantage procédural, l'adversaire sera protégé, même s'il a tort.

Ainsi décortiqué, le problème posé paraît aisément soluble. En réalité, la présentation adoptée tient pour constante une donnée inconnue. Le tribunal ne peut savoir, ni au moment d'admettre ou de refuser l'administration de la preuve litigieuse, ni par la suite, si cette preuve favorise une approche de la «réalité matérielle» ou non. C'est ce que semble oublier W. Zeiss, dans son raisonnement (qui vise l'hypothèse ab).

Etant donné qu'il n'est pas certain, a priori, que le recours à un procédé contraire au droit contribue à une meilleure appréhension de la «vérité matérielle», la justification dernière d'un tel procédé disparaît. Les tribunaux devraient en conséquence écarter toute offre de preuve, par laquelle une partie manifesterait l'intention d'utiliser une preuve obtenue de façon illicite. Il s'agit pourtant, à nouveau, d'une option théorique. Le juge ne réalisera pas nécessairement que la preuve a été obtenue irrégulièrement, à tout le moins pas avant d'en avoir pris connaissance.

Au surplus, cette option nous paraît tout de même trop restrictive, en ce qu'elle accorde une priorité absolue aux intérêts de la partie victime de l'irrégularité, dont le comportement ne méritera pas toujours une telle protection. C'est à juste titre que W. Zeiss²⁰¹ retient en définitive l'idée que l'utilisation de moyens de preuve irréguliers au prétoire doit être admise ou refusée à l'issue d'une pesée des intérêts en présence²⁰². La comparaison porte sur la gravité de l'atteinte aux droits de la personnalité impliquée par

201 P. 395.

202 Comp. BlzR 82 N° 33.

le procédé employé, d'une part, sur le but que vise ledit procédé, d'autre part. Or il se peut que cette supputation nécessite la prise de conscience, par le juge, de la preuve contestée²⁰³. La démarche n'est certes pas logique, mais cette circonstance ne suffit pas à la disqualifier radicalement. Rien n'empêche le tribunal de se réserver le bénéfice de discussion, en prenant connaissance du contenu de la preuve avant de se déterminer sur son admissibilité.

A notre avis, la preuve ne devrait être utilisable que si le comportement de celui qui l'invoque peut être considéré, en définitive, et au vu de toutes les circonstances, comme licite²⁰⁴. A cet égard, nous rejoignons l'opinion de H. Konzen: le même fait ne peut pas être jugé à la fois contraire au droit, en tant que procédé illicite, et conforme au droit, en tant qu'élément contribuant à la réformation d'un acte de juridiction revêtu de l'autorité de la chose jugée. Cependant, la question ne nous paraît pas devoir être résolue de la même manière selon qu'elle se pose en cours de procès ou après l'entrée en force du jugement reposant sur la preuve contestée.

Revenons à notre point de départ. La revision doit-elle être accordée, si le recourant établit qu'une preuve administrée lors du procès avait été obtenue de façon illicite? Une réponse affirmative s'impose, si l'élément nouveau affaiblit la valeur probante de la preuve dont l'administration avait été ordonnée: le recourant a cru à tort que l'enregistrement versé au dossier avait été réalisé avec son consentement, alors qu'il s'agissait en réalité d'un autre enregistrement, clandestin celui-là. Or la valeur probante d'un enregistrement clandestin est plus faible que celle d'un enregistrement réalisé avec le consentement de l'intéressé, en raison de l'inégalité des armes qu'il instaure entre les interlocuteurs²⁰⁵.

Il se peut en revanche que l'irrégularité n'affecte en rien la qualité de la preuve: un témoin affirme avoir entendu une importante conversation entre les parties, dont il est le voisin. Il se révèle après coup qu'il ne l'avait pas entendue à travers la cloison, mais grâce à un micro qu'il avait installé clandestinement chez son voisin, par curiosité. Si le juge s'était déterminé sur l'admissibilité du témoignage en connaissance de cause, il l'aurait sans doute écarté, pour des raisons étrangères à la crédibilité du témoin. A notre avis, cela ne justifie pas, en soi, la rétractation du jugement. Ce point de vue comporte ses faiblesses. Il fait prévaloir la sécurité du droit sur la cohérence

203 Cf. A. Roth, in JR 1950 p. 715; comp. K. Pleyer, in ZZP 69 p. 328 ss., 334-335; Kauper, p. 79-80; Peters, p. 151; JT 1968 III 82.

204 Dans le même sens, Kauper, p. 13 ss.

205 Peters, p. 156; JT 1968 III 82; cf. aussi, sur l'ensemble de la question, Encyclopédie Dalloz, 2^e éd., preuve, Nos 337, 447, 1085 ss., 1162, 1335.

de l'ordre juridique; il donne la priorité au résultat plutôt qu'à la manière; il instaure un traitement différencié selon le moment auquel l'irrégularité parvient à la connaissance de la partie lésée ou du juge. Pourtant, dans un cas limite tel que celui-ci, le critère tiré de la cristallisation de l'état de droit par le jugement ne nous paraît pas pire qu'un autre, dès l'instant où la vraisemblance du fait prouvé irrégulièrement n'est nullement remise en question. En bref, la revision ne devrait être accordée, à notre avis, que si l'élément nouveau affaiblit la qualité intrinsèque de la preuve administrée ou s'il révèle un procédé frauduleux grâce auquel le juge se serait abstenu d'écarter la preuve contestée.

La revision doit-elle être accordée, si le recourant entend ébranler les bases de l'acte attaqué par l'apport d'une preuve irrégulière ou illicite? Ici également, l'attention du juge doit se porter en première ligne sur la qualité de la preuve invoquée et son aptitude à fournir la démonstration alléguée par le recourant. Ensuite, il convient de rechercher si la méthode utilisée peut se trouver légitimée par l'ensemble des circonstances, et notamment par l'attitude de la partie adverse. En particulier, la revision nous paraît admissible en principe lorsqu'il s'agit de démentir un fait que le tribunal a retenu en raison d'une fraude de l'adversaire, lorsque l'on ne peut raisonnablement exiger du recourant qu'il apporte la preuve d'une autre manière. Ainsi, dans l'exemple du simulateur qui se serait fait passer pour totalement et définitivement invalide afin d'obtenir une importante indemnité dans un procès en responsabilité, la revision pourrait être accordée sur la base d'un film montrant l'intéressé se livrant, en grand secret, à des exercices révélant une parfaite condition physique. En revanche, les intérêts respectifs des parties ne nous paraissent pas fonder le conjoint débouté de son action en divorce à enregistrer les conversations téléphoniques de son épouse pour prouver un adultère qu'elle aurait contesté, et à obtenir la revision du jugement sur la base des indices ainsi recueillis.

En résumé, l'utilisation de moyens irréguliers peut être tolérée, au stade de la revision, si le recourant se trouve dans une situation assimilable à l'état de nécessité²⁰⁶; elle ne doit pas l'être dans tous les cas où le lésé entend mettre un mauvais instrument au service d'une cause qu'il estime juste²⁰⁷.

206 Dans le même sens, Sträuli/Messmer, n. 6 ad § 140 ZPO; Stein/Jonas, B III 1 a i. f. ad § 284 ZPO; W. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2^e éd., Bielefeld 1974, p. 446.

207 Cf. *supra*, p. 245.

5. *La procédure*

Dans le système proposé, la demande en revision incorpore un recours au sens étroit et une prétention au fond, qui peut revêtir elle-même le caractère d'un recours, selon la nature de l'acte attaqué. Dirigée contre une transaction, un désistement ou un acquiescement, elle prend l'allure hybride d'une action formatrice de droit procédural, tendant formellement à la rétractation d'une décision du juge, et matériellement à la rescision d'un acte d'autorité privée déployant des effets comparables à ceux d'un jugement.

On ne reviendra pas sur la distinction entre l'entrée en matière et l'examen au fond. La loi devrait consacrer la séparation de principe entre le rescindant et le rescisoire, afin que soient bien délimitées les opérations qui ressortissent à l'un et à l'autre. Il serait néanmoins opportun de réserver au tribunal la faculté de statuer par un seul jugement sur le recours et sur le fond, lorsque la nature de l'affaire rend une dissociation superflue.

La phase du rescisoire se déroule conformément aux règles de procédure applicables à l'instance ressuscitée. Lorsque l'autorité de recours est compétente pour avoir été saisie, à l'époque, d'un recours dévolutif, il convient qu'elle renvoie le fond à l'autorité inférieure, à moins que le motif de revision n'ait affecté que l'instance de recours elle-même²⁰⁸. Il doit en aller de même lorsqu'elle a statué sur le fond après avoir cassé la décision attaquée.

6. *Les recours*

Pour être complètes, les remarques qui suivent devraient se rapporter au système global des recours, envisagé de lege ferenda, ce qui dépasse les limites de ce travail. Nous nous en tiendrons aux lignes directrices suggérées par le type de recours en revision proposé.

Le rescindant et le rescisoire ne portent pas sur la même question. Mettant un terme à la contestation préalable relative au maintien de l'acte attaqué, le rescindant constitue une décision finale prise en application du droit cantonal, qui peut néanmoins trancher de façon indirecte une prétention matérielle, en cas de rejet. Si l'on admet la subsidiarité de l'action en dommages-intérêts et en enrichissement illégitime par rapport à la revision,

208 Dans le même sens, Baerlocher, p. 167-168 n. 771.

il est certain que le rejet du recours condamne une telle demande à l'échec. C'est particulièrement évident lorsque le recourant prend, au fond, des conclusions tendant à la réparation du dommage ou à la restitution de l'enrichissement liés à la teneur du jugement attaqué. On peut considérer, en pareil cas, que le rescindant statue indirectement sur une contestation de fond. Lorsque la revision est accordée, en revanche, la question de fond reste ouverte, mais on a vu que l'annulation peut valoir résolution d'une question influençant le sort d'un litige distinct, quelle que soit l'issue finale du procès²⁰⁹. Un dédoublement des voies de recours, contre le rescindant d'une part, contre le rescisoire d'autre part, n'est pas superflu sur le plan cantonal.

La pratique, un peu partout, révèle que la revision est utilisée exceptionnellement, et très rarement couronnée de succès²¹⁰. Cette arme ne constitue donc pas un péril sérieux pour la stabilité juridique. Dès lors, on peut douter qu'il soit judicieux de reconduire le principe «requête civile sur requête civile ne vaut»²¹¹. Les dispositions proposées, en ce qui concerne le devoir de diligence et le traitement sommaire d'une demande manifestement irrecevable ou mal fondée, préviennent le risque d'un harcèlement d'un plaideur par son adversaire.

Au reste, si un concours de circonstances exceptionnel devait rendre le recours en revision possible plusieurs fois dans la même affaire, nous ne percevons pas pour quelle raison les droits des parties devraient être sacrifiés sur l'autel d'un hasard malheureux.

3. Conclusion

Le législateur neuchâtelois a envisagé, il y a quelques années, une revision du Code de procédure civile. Dans cette perspective, et pour termi-

209 Cf. supra, p. 272.

210 Voir les indications statistiques de Giesker-Zeller, *Die zivilrechtliche Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht*, Zürich 1915, p. 298 n. 421; Pfirter, p. 124 n. 319; *Rechenschaftsbericht des zürcherischen Obergerichts* 1977 p. 121, 1978 p. 131, 1979 p. 127, 1980 p. 121, 1981 p. 114, 1982 p. 118, 1983 p. 106. Dans le canton de Neuchâtel, une dizaine de jugements publiés depuis la codification du droit judiciaire traitent de la revision. Une recherche effectuée au greffe du Tribunal civil du district de Neuchâtel a dévoilé quatre cas de revision depuis 1941, dont deux ont donné lieu à un jugement ou à un arrêt publié.

211 Qui a été repris dans les cantons de Vaud (art. 481) et Genève (art. 337), ainsi que, sous une forme édulcorée, dans le canton de Fribourg (art. 329 al. 2) et en France (art. 603).

ner ce travail par une suggestion concrète, voici la teneur que pourraient présenter les dispositions relatives à la revision dans le nouveau droit:

Le recours en revision

Acte attaquant

Article 1

Al. 1. Tout jugement et toute décision insusceptible de reconsidération peuvent faire l'objet d'un recours en revision.

Al. 2. Le recours dirigé contre le jugement final se rapporte de plein droit aux décisions incidentes qui l'ont influencé et qui n'émanent pas d'une juridiction supérieure à l'autorité de recours.

Ouvertures à revision

Article 2

Al. 1. Il y a lieu à revision lorsque le requérant découvre un moyen de preuve concluant relatif à un fait pertinent pour l'issue de la contestation, s'il n'a été en mesure, sans faute de sa part, de s'en prévaloir en temps utile.

Al. 2. Il y a lieu à revision d'une ordonnance de classement consécutive à une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action, lorsqu'un tel acte est inefficace au regard du droit civil²¹².

Délai

Article 3

Al. 1. Le recours doit être interjeté dans l'année qui suit la découverte de la preuve. Le délai court, au plus tôt, dès l'entrée en force de l'acte attaqué²¹³.

212 Cette disposition présuppose que l'ordonnance de classement bénéficie de l'autorité de la chose jugée, ce qui mériterait d'être précisé dans la loi.

213 Il est évidemment fait abstraction de la possibilité de recourir en réforme (art. 54 al. 2 OJF).

Al. 2. L'ordonnance de classement consécutive à un acte de disposition peut être invalidée dans les délais fixés par le droit de fond.

Autorité de recours

Article 4

Le recours est porté devant l'autorité dont émane l'acte attaqué ²¹⁴.

Effets

Article 5

Al. 1. Le recours en revision n'est pas suspensif.

Al. 2. Le juge saisi peut toutefois ordonner des mesures provisoires, et notamment suspendre l'exécution du jugement dont recours.

Procédure

Article 6

Al. 1. Le procès en revision est introduit, instruit et débattu selon la procédure applicable à l'instance dont est issu l'acte attaqué. Le recourant invoque les moyens de preuve dont il entend se prévaloir et joint ceux qu'il détient au mémoire.

Al. 2. Le tribunal peut, à l'unanimité, écarter sans communication préalable à la partie adverse un recours évidemment irrecevable ou mal fondé.

Jugement rescindant

Article 7

Si le tribunal estime qu'il y a lieu à revision, il annule le ou les actes attaqués en tout ou en partie, et détermine les opérations qui doivent être refaites.

214 Cette disposition prime l'article 6, en ce qui concerne l'appel.

Jugement rescisoire

Article 8

Al. 1. Si les parties y consentent ²¹⁵, le tribunal peut statuer sur le recours et sur le fond par un seul jugement.

Al. 2. A défaut, l'instance reprend son cours, dans la mesure ordonnée par le tribunal.

Al. 3. Lorsque le jugement attaqué émane d'une autorité de recours qui a statué au fond, la cause est renvoyée au tribunal inférieur, à moins que le motif de revision n'affecte que la procédure de recours.

Voies de recours

Article 9

Les jugements rescindant et rescisoire sont susceptibles des mêmes recours que les autres jugements ²¹⁶.

215 La restriction prévue ici permet aux parties de faire valoir tous leurs moyens de fond et, cas échéant, de convertir leurs conclusions, possibilité qui doit leur être réservée, dans un système qui renonce au principe d'immuabilité pour rattacher la chose jugée à la date du jugement.

216 Les voies de recours de droit fédéral sont évidemment réservées.