

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

**Le recours en cassation
spécialement en
procédure civile neuchâteloise**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

HENRI SCHUPBACH

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.
1961

**LE RECOURS EN CASSATION
SPÉCIALEMENT EN
PROCÉDURE CIVILE NEUCHÂTELOISE**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Le Conseil de la Faculté de droit autorise la publication de la présente thèse de doctorat sans assumer de responsabilité à l'égard des opinions qui y sont exprimées.

Neuchâtel, le 10 octobre 1960.

Le doyen :

Henri THÉVENAZ

*A M. le professeur Jacques-Michel Grossen,
j'exprime ici toute ma gratitude par son appui
constant et valeureux.*

Il n'y a pas d'homme si sage qu'il soit, qui n'ait à telle époque de sa jeunesse prononcé des paroles, ou même mené une vie, dont le souvenir ne lui soit désagréable et qu'il souhaiterait être aboli. Mais il ne doit pas absolument le regretter, parce qu'il ne peut être assuré d'être devenu un sage, dans la mesure où cela est possible, que s'il a passé par toutes les incarnations ridicules ou odieuses qui doivent précéder cette dernière incarnation-là.

Marcel PROUST

*(A l'ombre des jeunes filles
en fleurs)*

ABRÉVIATIONS

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse.
BACCC	Bulletin des arrêts rendus par la Cour de cassation civile française.
BGC	Bulletin du Grand Conseil neuchâtelois.
CCC	Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation civile neuchâteloise.
CCS	Code civil suisse.
CO	Code fédéral des obligations.
Com.	Commentaire.
CPCAl.	Code de procédure civile allemand.
CPCFr.	Code de procédure civile français.
CPCIt.	Code de procédure civile italien.
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois.
D	Recueil Dalloz.
DH	Dalloz hebdomadaire.
DP	Dalloz périodique.
FF	Feuille fédérale.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
JCP	Jurisqueur périodique.
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne).
L	Loi.
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.
OJC	Organisation judiciaire cantonale.
OJF	Organisation judiciaire fédérale.
OJN	Organisation judiciaire neuchâteloise.
RAJO	Recueil des arrêts du Juge d'ordre.
RDS	Revue de droit suisse.
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise.
ROLCN	Recueil officiel des lois cantonales neuchâteloises. Il a succédé au « Nouveau recueil des lois neuchâteloises » (NROLCN) qui a lui-même remplacé l'« Ancien recueil » (AROLCN).
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S	Recueil Sirey.
TC	Recueil des jugements du Tribunal cantonal neuchâtelois.
Th.	Thèse.
Zpo.	Zivilprozessordnung.
Zpr.	Zivilprozessrecht.

On trouvera dans la bibliographie la désignation précise des ouvrages cités dans le texte et dans les notes par le nom de leur auteur seulement.

Sauf indication contraire, les chiffres romains se rapportent aux numéros des tomes, les chiffres arabes aux numéros des pages.

AVANT-PROPOS

L'étude du pourvoi en cassation et celle de la procédure en général offrent au juriste de nombreux attraits.

La vie et la controverse animent cette branche du droit à laquelle incombe la conciliation d'exigences contradictoires. Si l'illustre Ihering a pu écrire qu'« ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est sœur jumelle de la liberté », La Bruyère a déploré le formalisme judiciaire : « Orante plaide depuis dix ans en règlement de juges pour une affaire juste, capitale et où il va de toute sa fortune : elle saura peut-être dans cinq années quels seront ses juges et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie. »

Il est inutile d'insister sur l'importance pratique et sociale de la procédure, mise en relief par de nombreux auteurs¹.

En revanche, un attrait de ce domaine, moins évident que les autres, est apparu récemment. La procédure offre un champ d'investigations théoriques de première importance. Elle nous apparaît comme la théorie de la mise en pratique du droit. C'est la raison pour laquelle, restée longtemps l'apanage des seuls praticiens, elle accuse un retard dans son développement. Après avoir été la mère des droits subjectifs, puis leur accessoire indispensable, elle a conquis sa véritable place, celle de l'autonomie. Les arcs-boutants de l'édifice procédural, négligés hier, ont pris place parmi les fondements de la science du droit.

Ces caractères généraux se retrouvent dans l'étude du pourvoi en cassation qui exige l'examen des fondements de la procédure (théorie de la juridiction, de l'action, de l'instance, de l'acte juridictionnel), touche au droit public (théorie de la séparation des pouvoirs) et à la philosophie du droit (théorie des sources)².

*

Le sujet choisi, il fallait en délimiter l'étendue : le pourvoi en cassation en matière civile. Il eût été possible d'étudier simultanément le pourvoi pénal, mais des raisons pratiques et théoriques s'y opposaient. Le pourvoi

¹ Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, Paris 1937, 53; Clouture, 66; Bordeaux, 65, 111 note 1; Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, 35; Panchaud, JT 1946 I 585.

² Ansel, 302.

civil constitue à lui seul une très vaste matière et, malgré la communauté de principes qui unit la procédure civile et la procédure pénale, les problèmes suscités en ces deux domaines par le pourvoi ne doivent pas être posés dans les mêmes termes ni résolus de la même manière.

Mais se limiter à une étude de procédure civile neuchâteloise eût été une erreur. L'examen de ce seul système ne permet pas de traiter de l'ensemble de la théorie du pourvoi en cassation. Plusieurs problèmes n'y reçoivent pas de réponse complète. D'autre part, quelques questions mineures du droit neuchâtelois pouvaient être laissées de côté pour faire place à l'étude de certains aspects des recours à la Cour suprême des droits étrangers. Notre choix s'est naturellement porté sur les législations voisines, française, italienne et allemande.

Titre premier

VOIES DE RECOURS ET THÉORIE DES NULLITÉS

Tous les événements sont enchaînés dans le
meilleur des mondes possibles.

Voltaire (*Candide*).

Chapitre premier

LES VOIES DE RECOURS EN GÉNÉRAL

§ 1. JUSTIFICATION DES VOIES DE RECOURS.

L'expression « voies de recours contre les jugements » prête à équivoque. Le mot jugement précise-t-il ou justifie-t-il le mot recours ? Dans le premier cas, le recours n'a pas nécessairement pour objet un jugement. Dans le second, le recours est le moyen spécifique d'attaquer le jugement et la formule est pléonastique.

Cette indécision suscite un important problème. Les voies de recours sont-elles justifiées par l'autorité de la chose jugée, ou par autre chose ? La doctrine³ préfère la première solution. Admettre que les voies de recours sont les seuls moyens, les moyens spécifiques⁴ d'attaquer les jugements, implique qu'elles ont pour fondement le caractère spécifique, la qualité propre de l'acte juridictionnel : l'autorité de la chose jugée.

Nous tenterons de réfuter cette opinion qui nous paraît erronée.

*

³ Les auteurs qui excluent les voies de recours contre les actes judiciaires non contentieux partagent cette manière de voir. Elle est leur argument essentiel.

⁴ Cuhe et Vincent, N° 410; Morel, N° 602; Cornu et Foyer, 92 : « ... le redressement du mal-jugé et l'annulation des décisions... peuvent être obtenus; mais seulement par des voies de droit spécifiques, dites voies de recours ».

Depuis la vision apocalyptique de saint Jean jusqu'à la querelle esthétique, en passant par l'austère Dalloz, il s'agit toujours de jugement ! Ce terme chargé de significations invite à des comparaisons suggestives.

Son acception biblique (jugement dernier, jugement de Salomon⁶) souligne la relativité de la justice humaine qui fonde en premier lieu l'existence des voies de recours. Lorsque la divinité est censée diriger la procédure (combats judiciaires, jugements de Dieu, ordales⁶) les voies de recours sont inconnues⁷. Elles apparaissent à mesure de la laïcisation de la procédure. Les seigneurs répriment tout d'abord la critique des jugements⁸, qui devient légitime par la suite.

Le jugement esthétique, évoqué ensuite, est né du besoin de dominer l'angoisse et l'incertitude que nous cause le contact de l'œuvre d'art. Il a pour fonction « de nous mettre en accord avec nous-mêmes et d'entraîner l'adhésion d'autrui »⁹. Il tend, comme l'acte juridictionnel, à un apaisement, à la composition d'une contestation, à une relative certitude. Mais, le jugement esthétique, impératif de la culture, proclame sa révision perpétuelle alors que le jugement judiciaire, réalisation d'une exigence sociale, y met un frein¹⁰.

Ces comparaisons font voir les exigences contradictoires que le Droit doit satisfaire et concilier. Le juste ne tombe pas sous le sens. Il faut tenter sans cesse de l'approcher, mais la tranquillité sociale ne permet pas de le poursuivre sans fin ni de le remettre en doute constamment. L'acte juridictionnel a pour fonction de rechercher le juste et de le vouloir, de le constater et en même temps de le créer. La doctrine moderne¹¹ reconnaît que l'effet constitutif et l'effet déclaratif, traditionnellement dissociés¹², sont parties intégrantes de tous jugements¹³.

⁶ I Rois 3, 16 à 28.

⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, ch. 23 ss.

⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, ch. 27; Roland, N° 152.

⁸ Montesquieu, *ibid.* : « Appeler son seigneur de faux jugement, c'était dire que son jugement avait été fausement ou méchamment rendu; or, avancer de telles paroles contre son seigneur, c'était commettre une espèce de crime de félonie. »

⁹ Berger R., *Découvertes de la peinture*, Lausanne 1958, 381.

¹⁰ Roland, N° 1 et 59.

¹¹ Cornu et Foyer, 459; Roland, N° 84, 119 et 389 *ter*.

¹² Morel, N° 575 et 576; Japiot, N° 153 et 625; Guldener, *Zpr.*, 257 et 507; *Lent*, § 65; et les auteurs cités par M. Roland, N° 84 note 1.

¹³ Nous ne pensons pas que la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs n'ait pas de sens. C'est un moyen utile d'analyse et de classification, qui contribue notamment à déterminer le moment de la naissance et de la mort des rapports juridiques, mais qui est impropre à fonder un système.

En définitive, la doctrine querelle la définition des termes « constitutif » et « déclaratif ». Assurément, envisagés dans l'ensemble de leurs effets, le jugement de divorce et le jugement de condamnation à des dommages-intérêts sont à la fois constitutifs et déclaratifs. M. Roland écrit alors avec raison : « Si le juge se cantonnait dans un travail purement reconnaîtif, son intervention n'aurait pas de raison d'être » (N° 389 *ter*). Néanmoins, dans leur fonction caractéristique, ces jugements n'échappent pas à la classification. Le jugement de divorce met un terme à l'union conjugale. Le jugement de condamnation à des dommages-intérêts reconnaît un droit préexistant.

Les besoins de justice et de sécurité dictent la structure de l'acte juridictionnel et sa qualité propre : l'autorité de la chose jugée. Ils ne se laissent pas facilement appréhender. La recherche de la justice s'oppose dans une certaine mesure à la sécurité. L'exigence primordiale devra l'emporter. M. Rittler, s'autorisant de Radbruch, considère la sécurité juridique comme le premier et le plus important objectif du droit ¹⁴. Pour M. Roubier, le but du droit est l'établissement de règles juridiques garantissant un ordre social harmonieux et permettant la solution des différends entre les hommes. La sécurité prime la justice comme l'histoire le démontre ¹⁵. Selon d'autres auteurs, ces valeurs sont fonction l'une de l'autre soit parce que « des procès sans fin et l'incertitude des droits en résultant seraient pires que l'injustice » ¹⁶, soit parce que le sens du juste réalise la synthèse des autres sens de l'homme, le vrai, le bien, le beau et l'utile ¹⁷.

Est-ce à dire que les besoins de sécurité et de justice justifient exclusivement l'autorité de la chose jugée ? Non. Cette notion a un fondement semblable à beaucoup d'autres institutions juridiques. Toute autorité de droit se justifie par les besoins de sécurité et de justice, celle du législateur et de l'administrateur comme celle du juge.

L'autorité de la chose jugée et les voies de recours s'opposent et se complètent. Les recours tempèrent l'autorité de la chose jugée en permettant de contester l'incontestable. Mais ils la renforcent aussi. La méthode de formation de l'autorité de la chose jugée est plus rigoureuse, et la valeur du jugement moins aléatoire.

Les voies de recours participent à la recherche du juste selon la méthode dialectique. Elles doivent donc être utilisables partout où cette méthode et cette recherche s'avèrent nécessaires et non pas seulement dans les domaines régis par l'autorité de la chose jugée.

*

Le droit positif et la doctrine étayent ces vues. Le domaine des voies de recours ne coïncide pas avec celui de l'autorité de la chose jugée. Il est plus vaste.

L'autorité de la chose jugée est la terre d'élection de la confusion et de la contradiction. Après les tentatives de solution des auteurs classiques du siècle passé et du début de ce siècle, des auteurs modernes ont repris l'analyse de cette notion. Ils ne sont pas encore arrivés à une commune manière de voir. L'un affirme le caractère essentiellement absolu de l'autorité de la

¹⁴ Rittler Th., *Vom Recht und seiner Anwendung*, Revue pénale suisse, t. 72, 1957, 272.

¹⁵ Roubier P., *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris 1951, 317, 323.

¹⁶ Glasson, Tissier et Morel, III, 95.

¹⁷ Le Fur, *op. cit.*, 17, 34 et 611.

chose jugée¹⁸, l'autre son caractère relatif¹⁹. Pour l'un, l'autorité de la chose jugée s'identifie à l'exception romaine de chose jugée²⁰; pour l'autre, l'autorité et l'exception doivent être soigneusement distinguées²¹.

Les auteurs modernes reprochent à la doctrine traditionnelle (*communis opinio* des grands traités du XIX^e et du XX^e siècle) d'avoir englobé dans la notion d'autorité de la chose jugée la totalité des effets du jugement²². Eux-mêmes enseignent que la qualité propre du jugement se distingue de ses autres effets. C'est le seul point commun de cette doctrine née aux environs de 1930²³. Il nous intéresse particulièrement et nous examinerons deux des plus récentes analyses des effets du jugement, dues à la plume de M. Foyer et de M. Roland.

Après une étude historique²⁴ et un exposé de la théorie classique²⁵, M. Foyer analyse l'autorité de la chose jugée à l'aide de trois de ses caractères indiscutables : sa spécificité, sa relativité et la règle de droit international privé qui subordonne l'autorité de la chose jugée des jugements étrangers à l'exequatur. Passant en revue tous les éléments du jugement, il constate que sa force probante²⁶, sa force exécutoire²⁷, l'effet extinctif de l'instance²⁸, les effets dits substantiels, déclaratifs ou constitutifs²⁹, ne sont ni spécifiques ni relatifs, qu'ils n'exigent pas, le cas échéant, l'octroi de l'exequatur. Il en conclut : « L'effet positif étant éliminé, reste de la définition classique l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée. Lui seul répond aux trois critères que nous avons mis en œuvre... »³⁰. « Envisagée dans sa fonction négative, qui fut sa fonction originaire et qui demeure à nos yeux sa fonction exclusive et spécifique, l'autorité de la chose jugée s'analyse comme une qualité du contenu de la sentence »³¹. Cette qualité propre trouve sa réalisation technique dans l'exception de chose jugée qui opère extinction du droit d'action.

¹⁸ Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, thèse Bordeaux 1931. Roland (N^{os} 44 ss) en fait le résumé et la critique.

¹⁹ Foyer, *De l'autorité de la chose jugée — essai d'une définition* —, thèse dactylographiée Paris 1954.

²⁰ Foyer, 93 et 164.

²¹ Roland, N^{os} 126 et 127. Tout le malentendu résiderait dans la confusion de l'autorité et de l'exception.

²² Foyer, 74.

²³ Guillien, *op. cit.*; Liebmann, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milan 1935; Malbec, *La relativité de la chose jugée*, thèse dactylographiée Toulouse 1947 (non consultée); Boyer, *Les effets des jugements à l'égard des tiers*, Rev. trim., t. 49, 1951, 163 ss; Foyer, *op. cit.*; Roland, *op. cit.*

²⁴ Foyer, 1 à 92.

²⁵ Foyer, 74.

²⁶ Foyer, 112 et 115.

²⁷ Foyer, 121.

²⁸ Foyer, 134.

²⁹ Foyer, 140 et 156.

³⁰ Foyer, 164.

³¹ Foyer, 167.

Cette conception soucieuse de positivisme et de réalisme pèche par excès. Si l'autorité de la chose jugée s'identifiait à un effet exclusivement négatif du jugement, comment pourrait-on s'en prévaloir positivement ? M. Foyer lui reconnaît, il est vrai ³², une certaine qualité positive indirecte renforçant et intensifiant entre parties les effets généraux du jugement. A nos yeux, le droit de s'opposer à une nouvelle action au moyen de l'exception a pour pendant d'égale valeur le droit d'imposer aux juges et aux parties adverses le respect de l'autorité de la chose jugée. Si le vocabulaire juridique n'a pas de terme propre pour désigner l'effet positif de l'autorité de la chose jugée, il n'en existe pas moins. La spécificité de l'autorité de la chose jugée est indiscutable, mais son caractère relatif est fort controversé. Certains jugements déploient une autorité absolue de chose jugée. Enfin M. Foyer ne tient pas compte de la présomption de vérité et de régularité impliquée dans l'autorité de la chose jugée.

M. Roland ³³ remet à l'honneur la présomption qui constitue seule l'autorité de la chose jugée. L'exception, par un revers de fortune, en est bannie.

M. Roland distingue la force probante du jugement, constatation proprement dite du droit à laquelle s'attache la présomption de vérité, sa force obligatoire, sanction consécutive à la constatation, et l'exception de chose jugée, moyen technique qui empêche la renaissance du procès. La constatation jouit de l'autorité absolue de la chose jugée. La force obligatoire et l'exception de chose jugée n'ont par contre que des effets strictement relatifs.

Cette conception s'appuie sur des considérations historiques qui intéressent le droit nenchâtelois. L'article 1351 du Code civil français, dont l'article 211 GPCN est la copie presque textuelle, serait le résultat de la confusion de l'autorité de la chose jugée et de l'exception de chose jugée, fréquente chez les juristes français de l'ancien droit. Pothier l'aurait transmise au droit moderne ! Contrairement à l'interprétation traditionnelle, ces articles ne proclameraient pas la relativité de l'autorité de la chose jugée, mais exclusivement celle de l'exception de la chose jugée. La première phrase de l'article 211 CPCN se rapporterait à l'autorité de la chose jugée exclusivement, la seconde ne concernerait que l'exception de chose jugée, seule légalement relative ³⁴.

Cette thèse prétend donner un champ d'application rationnel à la tierce opposition. Elle tombe indirectement, nous semble-t-il, dans l'erreur qu'elle dénonce. L'exception de chose jugée, réputée absolument distincte de l'autorité de la chose jugée, la rejoint en déterminant sa force variable : l'autorité de la chose jugée s'analyse en une présomption irréfragable à l'égard des personnes qui disposent de l'exception de la chose jugée, en une présomption réfragable à l'égard des tiers, parce qu'ils ne disposent pas de la dite excep-

³² Foyer, 156.

³³ Roland, N° 116 ss.

³⁴ Roland, N° 162.

tion ! La tierce opposition, à ne pas interpréter « à travers le prisme déformant de la relativité »³⁵, est replacée indirectement sous l'empire de ce principe. Elle est accordée aux tiers contre la présomption réfragable³⁶, que constitue le jugement à leur égard, c'est-à-dire lorsque l'exception de chose jugée ne les concerne pas, lorsque l'autorité de la chose jugée est relative. Elle leur est au contraire refusée (en principe)³⁷, lorsque la présomption est irréfragable même pour eux, c'est-à-dire lorsque l'exception de la chose jugée peut être invoquée par eux et contre eux.

L'autorité de la chose jugée n'est donc pas absolue; sa force varie. La relativité de l'exception subit des dérogations et la force obligatoire, réputée relative aussi, ne l'est pas toujours. Le jugement crée des obligations fonctionnelles à charge des organes étatiques et contient parfois une injonction obligatoire à l'adresse d'un tiers (art. 166 CO).

Enfin, pourquoi le droit à la preuve contraire, accordé aux tiers lorsque la présomption est simple, demanderait-il un moyen technique spécifique³⁸ ? Pourquoi ne serait-il pas soumis aux procédés habituels qui permettent de renverser toute présomption réfragable ?

Ces théories ne résolvent pas tous les problèmes suscités par l'autorité de la chose jugée. Elles sont aussi sujettes à critiques³⁹. Elles se fondent pourtant sur le droit positif et marquent un net progrès sur la théorie classique. La certitude qu'elles apportent vient étayer notre proposition. L'autorité de

³⁵ Roland, N° 184.

³⁶ Roland, N° 172 à 175.

³⁷ Roland, N° 176 à 180.

³⁸ Roland, N° 180, p. 210.

³⁹ Nous ne croyons pas qu'une simple classification puisse justifier l'étendue tantôt absolue tantôt relative de l'acte juridictionnel. Il paraît certain que les effets spécifiques comme les effets ordinaires de l'acte juridictionnel peuvent rayonner tantôt *inter partes*, tantôt *erga omnes*. M. Kummer (156 à 158) pense que le principe de la relativité ne peut être abandonné que dans la mesure où cela ne compromet pas les droits des tiers et permet une application plus harmonieuse et plus logique du droit. La détermination de l'étendue subjective du jugement fait donc appel à des considérations étrangères à la pure technique de la procédure.

L'effet non spécifique du jugement que la doctrine allemande qualifie de *Tatbestandswirkung* est réputé absolu (Schönke, § 76 III; Kummer, 142 et 143). Il se produit lorsque la simple existence d'un jugement conditionne la naissance d'un droit. Des trois exemples donnés par M. Kummer, deux sont essentiellement relatifs; le droit à une pension alimentaire de l'article 152 CCS, le droit au divorce de l'article 147, al. 3 CCS ne peuvent être invoqués que par les parties au jugement. Le troisième est plus complexe : un droit reconnu par jugement se prescrit par dix ans, cet effet (*Tatbestandswirkung*) vaut *erga omnes*. La règle vaut en matière de cautionnement; le prolongement de la prescription par jugement entre le débiteur principal et le créancier est opposable à la caution. Elle devient discutable en matière de solidarité passive. Trois solutions, au moins, sont concevables :

a) le jugement contre un seul codébiteur interrompt et prolonge la prescription contre les autres;

b) le jugement interrompt la prescription à l'égard de tous sans modifier la longueur du délai à l'égard des codébiteurs étrangers au procès;

c) le jugement contre un codébiteur prolonge indirectement la prescription à l'égard des autres; leur dette reste prescriptible par son délai originaire, mais ils ne peuvent opposer au recours obligationnel du débiteur condamné qu'il a payé une

la chose jugée, l'âme du jugement n'englobe pas tous les effets de l'acte juridictionnel. Si le jugement a une qualité spécifique qui le caractérise et n'appartient qu'à lui, il n'a pas cependant le monopole de tous les effets qu'il déploie. Le jugement remplace souvent de simples actes juridiques. Il produit alors les effets attachés ordinairement à ces actes. La dissolution du lien conjugal, la constitution d'un lien de paternité, la liquidation d'un régime matrimonial, l'effet obligatoire, le dessaisissement du juge, la force probante, ne sont pas des effets propres et exclusifs du jugement. Des actes non juridictionnels comme la mort, la confection d'un acte authentique, une manifestation de volonté, un procès-verbal, un acquiescement, une transaction, peuvent les produire.

•

Cette notion épurée de l'autorité de la chose jugée démontre qu'aucune raison valable ne saurait limiter le champ d'application des voies de recours aux actes strictement juridictionnels. Pour soutenir que les droits positifs consacrent une telle règle, il faudrait que le domaine des voies de recours coïncide parfaitement avec celui de l'autorité de la chose jugée. Or, il n'en est rien.

Les recours ne sont pas dirigés contre l'âme du jugement exclusivement. Ils ont pour objet aussi bien l'autorité caractéristique du jugement que ses autres effets, constitutif, déclaratif, probatoire... Parfois même, le recours est limité à des effets absolument distincts de l'autorité de la chose jugée. Celle-ci ne s'étend qu'à ce qui a été jugé, au moins implicitement. Elle ne s'attache qu'au dispositif, dit-on⁴⁰. La règle est juste à condition de ne pas définir le dispositif formellement, selon l'aspect matériel de l'acte. L'autorité de la chose jugée ne peut être localisée. Elle ne s'attache pas à la consistance matérielle du jugement. Elle en est l'âme. Elle enveloppe la question liti-

dette prescrite, s'il s'est exécuté après l'expiration du délai de prescription originaire, mais avant l'expiration du délai de dix ans.

L'étendue *erga omnes* de la *Tatbestandswirkung* est donc susceptible de modalités.

N'est-ce pas aussi une erreur de croire que la nature de la situation juridique litigieuse commande l'étendue subjective du jugement ? La nature réelle ou obligationnelle du droit litigieux ne justifie pas l'effet absolu ou relatif du jugement. Elle n'en est que l'occasion. On a cru que la nature réelle d'un droit déterminait l'effet *erga omnes* parce que les litiges relatifs à des droits réels ou à l'état des personnes offrent le mieux et le plus souvent au jugement l'occasion de rayonner *erga omnes*. L'ouvrage de M. Kummer le démontre, bien qu'il respecte dans son plan cette idée traditionnelle (146) ; dans la mesure où le jugement attributif de propriété (art. 665, al. 1 CCS) a effet absolu, ce ne peut être en raison de la nature réelle du droit litigieux puisqu'il statue sur une action purement personnelle (Tuor, *Le Code civil suisse*, trad. Deschenaux, 2^e éd., Zurich 1950, 484), puisqu'il n'est qu'un succédané de l'exécution d'une obligation ! (Kummer, § 18). De même, pourquoi rechercher dans la nature du droit une réponse à l'étendue subjective du jugement, quand l'étendue subjective d'un jugement sur droits obligationnels est calquée sur l'étendue subjective d'un jugement relatif à des droits réels ! (Kummer, 156, 158.)

⁴⁰ Guldener, Zpr., 304.

gieuse tranchée⁴¹. Or, l'acte juridictionnel est protégé dans sa matérialité. Il jouit, une fois rendu, d'une véritable intangibilité. La plus petite modification exige une procédure spéciale : la rectification des erreurs matérielles. Le dessaisissement du juge n'est pourtant pas un effet propre du jugement. Il se distingue de l'autorité de la chose jugée⁴². Le recours en interprétation, d'autre part, n'est admis que dans la mesure où il ne touche pas à l'autorité de la chose jugée. Ces deux types de recours trouvent leurs limites « dans le respect de la chose jugée »^{43, 44}.

De nombreuses décisions dépourvues de l'autorité de la chose jugée sont susceptibles de recours. Les recours en réforme et en nullité au Tribunal fédéral ne sont pas admis seulement contre les décisions du pouvoir judiciaire mais aussi contre des décisions d'autorités administratives⁴⁵. Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral et le recours au Conseil fédéral sont recevables aussi bien contre des actes juridictionnels que des actes administratifs. Le recours de droit public au Tribunal fédéral a pour objet des actes juridictionnels, des actes administratifs et des actes législatifs.

Enfin, le cercle des personnes touchées par l'autorité de la chose jugée ne coïncide pas avec celui des personnes qui ont qualité pour recourir. De nombreuses législations instituent un recours en faveur des tiers. Le tiers opposant n'a pas à prouver qu'il est touché par l'autorité de la chose jugée. Il est recevable dès qu'il subit un préjudice de fait en raison du jugement⁴⁶. Les créanciers qui ont qualité pour recourir dans l'hypothèse de l'article 404 CPCN ne sont pas lésés par l'autorité de la chose jugée mais par d'autres effets du jugement. Inversement, les lois de procédure n'accordent pas un droit de recours dans toute la mesure du grief qui résulte de l'autorité de la chose jugée. Les intervenants sont parfois privés d'un tel droit. Tandis que la relativité de l'autorité de la chose jugée est très controversée⁴⁷, la règle selon laquelle seules les parties au procès peuvent recourir n'a pas subi un sort semblable. On ne doit pas cependant affirmer l'indépendance de ces deux questions.

*

⁴¹ Viziox, 252 : « ... la question litigieuse est une des notions-clefs du procès et du jugement ».

⁴² Viziox, 263.

⁴³ Viziox, 261 ; RJN II 109.

⁴⁴ Cet argument n'est pertinent que dans la mesure où on considère la demande d'interprétation et la correction d'erreurs matérielles comme des voies de recours. Malgré l'opinion généralement admise (Redenti, II, 310), nous considérons ces moyens comme des voies de recours. Ils sanctionnent certains types de vices pouvant affecter une décision. S'ils se différencient des voies de recours caractéristiques, cela tient à la diversité des imperfections qu'un jugement peut présenter.

⁴⁵ Birchmeier, art. 44, 2 a ; art. 68, 2 b ; OJF art. 48 ; ATF 58 II 442 (JT 1933 I 364).

⁴⁶ Foyer et Cornu, 325.

⁴⁷ Roland, N° 85.

On nous objectera que les voies de recours ne nous apparaissent pas justifiées par l'autorité de la chose jugée parce que nous ne nous sommes pas limités à la procédure civile *stricto sensu*. Cette manière de faire eût été critiquable. Nous ne pouvons nous refuser à voir une identité de nature entre des recours qui supposent les mêmes conditions de recevabilité, s'introduisent de la même manière, s'instruisent selon la même procédure, qu'ils soient dirigés contre un acte administratif ou contre un acte juridictionnel, et aboutissent tous à un jugement. Une opposition des voies de recours de la procédure civile aux autres voies de recours serait artificielle. La grande classification en la matière distingue les recours contentieux des recours gracieux⁴⁸. Les recours gracieux, appelés aussi hiérarchiques, administratifs, sont des démarches amiables. Ils sont la réitération de la requête originaire et non l'exercice de droits nouveaux. Les recours contentieux au contraire, nommés aussi juridictionnels, consacrent un droit nouveau. L'intéressé a le pouvoir d'exiger que la décision qui le lèse fasse l'objet d'un nouvel examen, limité ou général, et d'un jugement consécutif ayant autorité de la chose jugée. Le recours contentieux peut avoir pour objet un acte juridictionnel, un acte administratif ou un acte législatif.

C'est l'occasion de remarquer que la théorie de l'autorité de la chose jugée offre une justification séduisante, mais trompeuse, des voies de recours. Pour tempérer l'effet extinctif de l'action, caractéristique de l'autorité de la chose jugée, nécessité apparaît de donner aux justiciables une action nouvelle : un droit de recours. À l'inverse, l'acte administratif n'épuise pas le droit de requête. Un recours paraît donc superflu. Pourtant, si l'acte administratif n'éteint pas le droit de requête (ce qui permet le recours gracieux), n'épuise pas le pouvoir de l'administrateur, il tarit l'objectivité et l'impartialité de celui-ci. Un recours contentieux peut donc s'avérer nécessaire contre un acte non juridictionnel.

*

La raison d'être des voies de recours n'est pas le caractère spécifique du jugement mais le phénomène d'autocorrection commun à tous les domaines du droit. Dans un effort de généralisation le droit fixe un certain nombre de situations matérielles en des figures juridiques schématiques. Mais la réalité est complexe. Ces figures sont parfois déviées de leur objet premier et légitime. Le droit court le risque de prêter son efficacité à des situations qui ne le méritent pas. La définition du contrat est un beau résultat de la technique juridique. Mais, à combien de fraudes, d'erreurs et d'abus mènerait-elle, sans les causes de nullité qui, en précisant la définition du contrat, veillent à ce qu'il ne soit pas détourné de sa juste fin. Dans le domaine judiciaire, le droit veille aussi à ce que l'efficacité du jugement ne soit attribuée qu'aux actes

⁴⁸ Waline, *Droit administratif*, Paris 1959, N° 284 ss.

gieuse tranchée ⁴¹. Or, l'acte juridictionnel est protégé dans sa matérialité. Il jouit, une fois rendu, d'une véritable intangibilité. La plus petite modification exige une procédure spéciale : la rectification des erreurs matérielles. Le dessaisissement du juge n'est pourtant pas un effet propre du jugement. Il se distingue de l'autorité de la chose jugée ⁴². Le recours en interprétation, d'autre part, n'est admis que dans la mesure où il ne touche pas à l'autorité de la chose jugée. Ces deux types de recours trouvent leurs limites « dans le respect de la chose jugée » ^{43, 44}.

De nombreuses décisions dépourvues de l'autorité de la chose jugée sont susceptibles de recours. Les recours en réforme et en nullité au Tribunal fédéral ne sont pas admis seulement contre les décisions du pouvoir judiciaire mais aussi contre des décisions d'autorités administratives ⁴⁵. Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral et le recours au Conseil fédéral sont recevables aussi bien contre des actes juridictionnels que des actes administratifs. Le recours de droit public au Tribunal fédéral a pour objet des actes juridictionnels, des actes administratifs et des actes législatifs.

Enfin, le cercle des personnes touchées par l'autorité de la chose jugée ne coïncide pas avec celui des personnes qui ont qualité pour recourir. De nombreuses législations instituent un recours en faveur des tiers. Le tiers opposant n'a pas à prouver qu'il est touché par l'autorité de la chose jugée. Il est recevable dès qu'il subit un préjudice de fait en raison du jugement ⁴⁶. Les créanciers qui ont qualité pour recourir dans l'hypothèse de l'article 404 CPCN ne sont pas lésés par l'autorité de la chose jugée mais par d'autres effets du jugement. Inversement, les lois de procédure n'accordent pas un droit de recours dans toute la mesure du grief qui résulte de l'autorité de la chose jugée. Les intervenants sont parfois privés d'un tel droit. Tandis que la relativité de l'autorité de la chose jugée est très controversée ⁴⁷, la règle selon laquelle seules les parties au procès peuvent recourir n'a pas subi un sort semblable. On ne doit pas cependant affirmer l'indépendance de ces deux questions.

*

⁴¹ Vizios, 252 : « ... la question litigieuse est une des notions-clefs du procès et du jugement ».

⁴² Vizios, 263.

⁴³ Vizios, 261 ; RJN II 109.

⁴⁴ Cet argument n'est pertinent que dans la mesure où on considère la demande d'interprétation et la correction d'erreurs matérielles comme des voies de recours. Malgré l'opinion généralement admise (Redenti, II, 310), nous considérons ces moyens comme des voies de recours. Ils sanctionnent certains types de vices pouvant affecter une décision. S'ils se différencient des voies de recours caractéristiques, cela tient à la diversité des imperfections qu'un jugement peut présenter.

⁴⁵ Birchmeier, art. 44, 2 a ; art. 68, 2 b ; OJF art. 48 ; ATF 58 II 442 (JT 1933 I 364).

⁴⁶ Foyer et Cornu, 325.

⁴⁷ Roland, N° 85.

On nous objectera que les voies de recours ne nous apparaissent pas justifiées par l'autorité de la chose jugée parce que nous ne nous sommes pas limités à la procédure civile *stricto sensu*. Cette manière de faire eût été critiquable. Nous ne pouvons nous refuser à voir une identité de nature entre des recours qui supposent les mêmes conditions de recevabilité, s'introduisent de la même manière, s'instruisent selon la même procédure, qu'ils soient dirigés contre un acte administratif ou contre un acte juridictionnel, et aboutissent tous à un jugement. Une opposition des voies de recours de la procédure civile aux autres voies de recours serait artificielle. La grande classification en la matière distingue les recours contentieux des recours gracieux⁴⁸. Les recours gracieux, appelés aussi hiérarchiques, administratifs, sont des démarches amiables. Ils sont la réitération de la requête originaire et non l'exercice de droits nouveaux. Les recours contentieux au contraire, nommés aussi juridictionnels, consacrent un droit nouveau. L'intéressé a le pouvoir d'exiger que la décision qui le lèse fasse l'objet d'un nouvel examen, limité ou général, et d'un jugement consécutif ayant autorité de la chose jugée. Le recours contentieux peut avoir pour objet un acte juridictionnel, un acte administratif ou un acte législatif.

C'est l'occasion de remarquer que la théorie de l'autorité de la chose jugée offre une justification séduisante, mais trompeuse, des voies de recours. Pour tempérer l'effet extinctif de l'action, caractéristique de l'autorité de la chose jugée, nécessité apparaît de donner aux justiciables une action nouvelle : un droit de recours. À l'inverse, l'acte administratif n'épuise pas le droit de requête. Un recours paraît donc superflu. Pourtant, si l'acte administratif n'éteint pas le droit de requête (ce qui permet le recours gracieux), n'épuise pas le pouvoir de l'administrateur, il tarit l'objectivité et l'impartialité de celui-ci. Un recours contentieux peut donc s'avérer nécessaire contre un acte non juridictionnel.

*

La raison d'être des voies de recours n'est pas le caractère spécifique du jugement mais le phénomène d'autocorrection commun à tous les domaines du droit. Dans un effort de généralisation le droit fixe un certain nombre de situations matérielles en des figures juridiques schématiques. Mais la réalité est complexe. Ces figures sont parfois déviées de leur objet premier et légitime. Le droit court le risque de prêter son efficacité à des situations qui ne le méritent pas. La définition du contrat est un beau résultat de la technique juridique. Mais, à combien de fraudes, d'erreurs et d'abus mènerait-elle, sans les causes de nullité qui, en précisant la définition du contrat, veillent à ce qu'il ne soit pas détourné de sa juste fin. Dans le domaine judiciaire, le droit veille aussi à ce que l'efficacité du jugement ne soit attribuée qu'aux actes

⁴⁸ Waline, *Droit administratif*, Paris 1959, N° 284 ss.

qui le méritent. Les causes de nullité apparaissent ainsi comme le complément de la définition du jugement. Elles servent les mêmes fins que lui, quoiqu'elles aient, en apparence, pour mission de le détruire.

Il appert alors que le trait commun de toute voie de recours est d'avoir pour objet une décision autoritaire, impérative, impliquant un certain lien juridique de subordination. C'est à juste titre que le CCS parle de recours du pupille en matière de tutelle, d'action en nullité en matière de contrats et de sociétés. Il y a entre le pupille et son tuteur une certaine subordination qu'on ne retrouve pas dans le contrat ni en matière de sociétés ⁴⁹.

Ces distinctions sont subtiles. Il ne faut guère leur attacher d'importance. Elles révèlent seulement qu'il peut y avoir de véritables recours contre des décisions non juridictionnelles. Des considérations ultérieures montreront au contraire qu'il n'y a pas entre l'action en nullité et le recours des différences fondamentales de nature, autre preuve que les voies de recours ne sont pas justifiées par l'autorité de la chose jugée.

§ 2. VOIES ET SYSTÈMES DE RECOURS.

Les vices qui affectent le jugement sont en nombre limité. Ils se groupent autour de quelques idées essentielles et sont partout les mêmes, en droit français, en droit allemand, en droit italien comme en droit neuchâtelois.

Toutes ces législations en assurent la sanction, quoique, parfois, sous des appellations et par des techniques différentes.

*

Le législateur doit veiller à ce que le jugement soit juste. Au sens large, cet impératif est à la base de tous les recours. Au sens étroit, il implique la sanction d'un vice bien précis : le mal-jugé. Au moyen d'allégués souvent contradictoires et des preuves fournies par les parties, le juge fait une reconstruction historique des circonstances du litige et une construction juridique qui en commande la solution. Il peut commettre à ces occasions une erreur d'appréciation ou une erreur de raisonnement. Il y a erreur *in judicando* dans les deux cas.

L'engagement, le déroulement et l'issue du procès sont astreints au respect de règles de forme. Elles garantissent les droits subjectifs des plaideurs ou simplement le bon fonctionnement et le bon ordre de la procédure. Les violations de ce formalisme constituent les erreurs *in procedendo*.

⁴⁹ CCS art. 420; CO art. 20 et 706.

Le mal-jugé est toujours identique à lui-même. Il lèse un droit subjectif. Il n'en va pas de même de l'erreur *in procedendo*. Dans les cas bénins, elle perturbe seulement le déroulement normal du procès. Dans les cas graves au contraire (violation du principe de la contradiction par exemple), elle porte atteinte à un droit subjectif fondamental et présume irréfragablement du mal-jugé. On devine que la distinction est malaisée entre les règles d'ordre et les préceptes essentiels.

L'autorité de la chose jugée, prise à la lettre, rend incontestables les faits et les droits débattus. Mais parfois les plaideurs constatent après le jugement que les faits présentés au tribunal ne correspondent pas à la réalité. Les tribunaux statuent en général sur des faits passés, qu'ils ne connaissent qu'indirectement, par l'intermédiaire des plaideurs. Or, il arrive qu'après le jugement seulement, apparaissent des faits nouveaux ignorés voire impossibles à connaître auparavant, ou des moyens nouveaux de démontrer la véracité d'allégations restées dépourvues de preuves. Une difficulté analogue se présente lorsque le tribunal doit statuer sur des faits qui évolueront d'une manière plus ou moins prévisible dans l'avenir. *Quid* de la pension alimentaire accordée à M^{me} X lorsque la situation économique sur la base de laquelle elle est calculée change du tout au tout ? ⁵⁰

Le législateur affaiblirait l'autorité de la chose jugée s'il refusait de considérer ces circonstances nouvelles. Mais, tout fait nouveau, tout moyen nouveau de preuve, toute évolution qui s'écarte des prévisions judiciaires ne sauraient légitimer la réouverture des débats. Encore faut-il qu'ils soient d'importance. La révision du jugement doit être soumise à des conditions ni trop sévères ni trop libérales. La juste mesure est difficile à trouver.

Il arrive que des actes frauduleux influencent l'élaboration du jugement. Le droit ne saurait simultanément condamner un juge pour corruption passive, un justiciable pour corruption active, un témoin pour faux témoignage, et maintenir l'efficacité juridique des actes fondés sur ces fraudes.

En tant qu'acte public assujetti à des formes strictes, le jugement doit satisfaire à un minimum de clarté dans sa lettre et son esprit. La lettre déficiente du jugement risque de prévaloir sur son sens interne certain ou de faire obstacle à son exécution. Lorsque le sens même du jugement est incertain, l'extinction de l'action et l'épuisement des pouvoirs du juge sont purement formels. L'acte juridictionnel n'a pas accompli sa mission. Il a seulement substitué une contestation à une autre !

Il répugne au droit de soumettre les tiers aux conséquences d'un jugement, par respect du principe dispositif ⁵¹ ou du principe de la contradiction.

Enfin, clé de voûte de l'édifice juridique, le principe de l'égalité devant la loi, empreint de rationalisme et apparu le dernier comme cause d'imper-

⁵⁰ CCS art. 152, 153 al. 2.

⁵¹ CPCN art. 73.

fection du jugement, requiert une égalité de traitement devant les tribunaux et une Cour suprême qui applique le droit et le fasse appliquer de la même façon pour tous.

*

Les législations française, italienne, allemande et neuchâteloise prennent toutes en considération ces imperfections. Les voies de recours n'ont pas cependant le monopole de leur sanction. Les législateurs veillent à prévenir ces imperfections en instituant tout d'abord des règles de compétence matérielle et territoriale, des causes de récusation et d'incapacité, en autorisant l'intervention au procès, la dénonciation du litige, la jonction de causes... Ensuite, les recours ne sont pas les seuls moyens d'attaquer les décisions judiciaires. La lecture du seul chapitre consacré aux voies de recours par le législateur ne donne qu'une idée incomplète de la manière dont il remédie aux imperfections que nous avons passées en revue. Enfin, si chaque type d'imperfections trouve sa sanction dans un moyen technique propre, le mal-jugé dans l'appel, les vices de forme et les fraudes dans le recours en nullité, la modification des circonstances dans la demande en révision, les inexactitudes de style et d'expression dans les recours en rectification et en interprétation, les inégalités de traitement dans un recours à une Cour suprême, il se produit des empiètements inévitables des voies de recours les unes sur les autres. La démarcation de leurs domaines propre et accessoire, leur coordination varient ainsi sensiblement d'une législation à l'autre.

L'appel est le recours par excellence des droits français, italien et allemand⁵². On le trouve fréquemment dans les cantons suisses⁵³. Nous reviendrons sur les circonstances qui ont dicté sa position particulière en droit neuchâtelois⁵⁴.

L'appel réalise le principe du double degré de juridiction. Recevable contre les jugements qui ne sont pas rendus, en raison de la valeur litigieuse et de la nature du droit contesté, en premier et dernier ressort, il permet un réexamen illimité de la contestation et s'accommode, parfois, à des conditions plus ou moins strictes, de demandes nouvelles⁵⁵. Il fonctionne principalement contre le mal-jugé et aboutit en conséquence à un jugement de seconde instance au fond.

Utilisé accessoirement comme recours en nullité, il conduit à la seule annulation de la décision attaquée avec renvoi au juge inférieur. Peu orthodoxe en apparence, cette fonction accessoire est logique et utile. Le principe du double degré de juridiction n'est pas respecté par le seul épuisement

⁵² CPCFr. art. 443 ss; CPCIt. art. 339 ss; GPCAL art. 511 ss.

⁵³ Guldener, Zpr., 521.

⁵⁴ OJN art. 15.

⁵⁵ CPCFr. art. 464; Cuche et Vincent, N° 435 bis. CPCIt. art. 345; Redenti, II, N° 162 bis. GPCAL art. 529; Lent, § 73 V. Guldener, Zpr., note 34, p. 527; CPC Frib. art. 302; CPC Gen. art. 362; CPC Zu. art. 317.

formel de la première instance. Au surplus, les parties pouvant demander et l'annulation et un nouveau jugement au fond, pourquoi ne pourraient-elles pas conclure à l'annulation seule et au renvoi lorsque des raisons objectives le justifient ? Laisnée à la discrétion des parties, cette possibilité empêcherait en revanche le procès de se terminer une fois. Cette fonction accessoire, prévue en droits français, italien et allemand, fait partie du droit commun de l'appel⁵⁶. Elle est généralement connue des législations cantonales⁵⁷. Le Tribunal cantonal l'admet en droit neuchâtelois⁵⁸. Ce n'est pas là d'ailleurs la seule fonction accessoire de l'appel. Grâce à son application générale et à l'étendue illimitée du réexamen qu'il permet, il n'est pas d'imperfection de l'acte juridictionnel à laquelle il ne puisse remédier. Les autres recours ne deviennent pas inutiles de ce fait. La nature différente des vices requiert une réglementation technique différente. Les autres voies de recours retrouvent leur utilité lorsque l'appel n'est pas ou n'est plus donné. Les plaideurs ne peuvent alors se plaindre du mal-jugé, mais ils conservent la faculté de recourir en raison d'autres vices qui affectent le jugement.

Des moyens assez disparates sanctionnent les erreurs *in procedendo* qu'il est impossible d'isoler des fraudes et des erreurs judiciaires qui apparaissent à la suite de la découverte de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve. Ces trois catégories d'imperfections ont essentiellement pour remède la requête civile en droit français, la procédure de revision en droit allemand (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), la révocation en droit italien (*revocazione*) et le recours en revision en droit neuchâtelois⁵⁹. Elles ne sont pas imputables aux juges, sinon à leur inadvertance. C'est pourquoi ces recours ne mettent pas en œuvre la hiérarchie judiciaire. Ce sont de simples voies de rétractation⁶⁰.

Les recours en rectification et en interprétation se rapportent à des hypothèses plus rares. Leur objet est distinct. La demande de rectification permet de redresser un « texte inexact »; l'interprétation « éclaire un texte obscur ». Leur but est commun : « secourir le style sans toucher au fond »⁶¹.

La possibilité de demander la rectification du jugement est admise dans tous les systèmes considérés⁶². Le recours en interprétation, prévu par les législations allemande et suisses seulement, est consacré par l'usage en droit

⁵⁶ CPCIt. art. 353 et 354. CPCFr. art. 473; Perrot, note sur l'effet dévolutif, l'effet d'annulation et le droit d'évocation en appel, D 1952, 565. CPGAL art. 538; Rosenberg § 138 III.

⁵⁷ Guldener, Zpr., 528 et 529.

⁵⁸ RJN I 165.

⁵⁹ CPCFr. art. 480 ss; CPCIt. art. 395 ss; CPGAL art. 578 ss; GPCN art. 403 ss.

⁶⁰ CPCFr. art. 490; CPCIt. art. 398 ss; CPGAL art. 584 ss; GPCN art. 406 ss.

⁶¹ Mimin, note sur les jugements interprétatifs et rectificatifs, DP 1932 II 65 ss.

⁶² CPCIt. art. 287 et 288; Redenti, II, N° 130. CPGAL art. 319. GPCN art. 417. Morel, N° 572. Hébraud, *De l'appel des jugements interprétatifs*, JGP 1937, 1^{er} sem., N° 43. Viziox, 260.

français⁶³. Le droit italien ne l'a pas admis⁶⁴, dans la crainte de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée⁶⁵.

Les législations placent souvent les recours en interprétation et en rectification en dehors du chapitre relatif aux voies de recours. Ils s'apparentent en effet à un incident d'exécution⁶⁶. Ce sont pourtant de véritables recours. Ils s'attaquent au jugement tel qu'il a été rendu⁶⁷ et en demandent la modification.

Le jugement doit parfois prévoir une évolution future. Toutes ces législations tiennent compte du cas où la prévision s'avère fautive, mais aucune n'accorde un recours au sens légal du terme. Le droit allemand donne au plaideur lésé une action en modification du jugement (*Abänderungsklage*)⁶⁸. Le droit français parvient aux mêmes fins au moyen d'une création jurisprudentielle : le jugement en l'état. Le tribunal prononce une condamnation de principe. Il se réserve d'en fixer ultérieurement le montant ou le détermine « en l'état », c'est-à-dire en l'état des circonstances. Si elles changent, le tribunal peut ainsi modifier son jugement. Le jugement en l'état sert à des fins diverses. La doctrine discute son orthodoxie. Appliqué à l'hypothèse envisagée ici, il est admis par Morel⁶⁹. Selon Vizioz, le jugement en l'état qui a pour but de réserver aux plaideurs la faculté de revenir devant le juge armés de faits nouveaux ou de moyens nouveaux de preuve équivaut à un véritable recours en révision. De cette manière, « la jurisprudence a créé une voie de recours prétorienne »⁷⁰. L'article 278 du Code de procédure civile italien autorise le tribunal à prononcer une condamnation de principe et à surseoir en tout ou en partie la décision relative au montant de la condamnation lorsque l'existence du droit est certaine mais que la quantité de la prestation due est encore controversée. Le droit suisse accorde une action en modification du jugement dans des hypothèses précises⁷¹. Les lois cantonales de procédure peuvent-elles être plus libérales et donner d'une façon générale une action ou un recours en modification du jugement ?

⁶³ Hébraud, *ibid.* ; Morel, N° 573 ; Vizioz, 260 ; CPCAL. art. 320 ; Guldener, Zpr., 552 ; GPCN art. 413.

⁶⁴ De Majo, N° 171.

⁶⁵ En effet, le recours en interprétation prend, selon M. Hébraud (*De l'appel des jugements interprétatifs*), « un grand intérêt lorsqu'il s'agit de dépasser les limites de la pure interprétation ». Cet auteur souhaite qu'on puisse, au moyen de la demande d'interprétation dont la procédure est très simple, dépasser les frontières de ce qui a été jugé, dans toute la mesure où la question à « interpréter » reste l'accessoire de la question tranchée.

⁶⁶ Plassard, 184 ; Vizioz, 261.

⁶⁷ Hébraud, *De l'appel des jugements interprétatifs*.

⁶⁸ CPCAL. art. 323.

⁶⁹ Morel, N° 574.

⁷⁰ Vizioz, p. 282, N° 88.

⁷¹ CGS art. 153, 157, 172...

M. Kummer répond par la négative. De telles dispositions seraient contraires au droit fédéral ⁷².

Plusieurs voies de recours protègent les tiers, au sens large de ce terme.

Le défaillant dispose souvent d'un droit d'opposition au jugement rendu contre lui ⁷³. L'opposition du défaillant et la tierce opposition se distinguent absolument aujourd'hui. Elles ont pourtant une origine commune ⁷⁴ et reposent sur une idée semblable. Le défaillant occupe une position procédurale hybride. Tiers à la procédure, il est pourtant partie au jugement.

Un autre type d'opposition se rencontre dans les procédures unilatérales ⁷⁵.

Protection du tiers au sens étroit, la tierce opposition, véritable quadrature du cercle, n'existe qu'en droit français et en droit italien ⁷⁶. La nature juridique, l'utilité et le champ d'application de la tierce opposition sont incertains. Les uns y voient un véritable recours ⁷⁷. Les autres remarquent combien elle ressemble à une action ou à une exception d'inopposabilité ⁷⁸. Le dernier ouvrage paru qui traite de la tierce opposition ajoute à neuf interprétations essentielles une nouvelle explication qui n'est pas irréprochable ⁷⁹.

Si cette voie de recours est inutile, aucun problème ne se pose aux systèmes qui l'ignorent. Ils peuvent s'en féliciter. Mais dès qu'on démontre que la tierce opposition a une fonction distincte de celle qui est dévolue au principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée, il devient légitime de se demander comment les législations qui ignorent la tierce opposition protègent les tiers. En droit suisse, les tiers sont indirectement protégés au cours de l'exécution forcée. Ils peuvent intenter l'action en revendication de l'article 107 LP, qualifiée de tierce opposition par la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'article 81, al. 2 LP permet au débiteur poursuivi d'opposer *in extremis* l'incompétence, l'irrégularité de la citation ou de la représentation affectant le jugement invoqué à l'appui de la demande de mainlevée définitive. Cette opposition n'est toutefois possible que si le jugement émane d'une autorité étrangère au canton de la poursuite. Mais le débiteur qui n'a pas utilisé les voies de recours de la procédure civile cantonale conserve le droit d'opposer ces exceptions à la demande de mainlevée définitive ⁸⁰. Le droit de fond accorde parfois aux tiers un véritable droit

⁷² Kummer, § 11, p. 112.

⁷³ CPGFr. art. 158; Morel, N^{os} 592 ss. CPGAl. art. 338 ss; Lent, § 67. — Le droit neuchâtelois veille à ce que le jugement ne soit pas rendu avant l'expiration du délai pour demander le relief du défaut. CPCN art. 351. — Fait exception, le droit italien; De Maio, N^o 182 : « *La vecchia legge consentiva anche il rimedio dell'opposizione del contumace, ma, giustamente, il nuovo legislatore l'ha soppresso, perchè rappresentava un'anomalia ed un anacronismo nell'armonia del codice.* »

⁷⁴ Roland, N^o 10.

⁷⁵ CPCN art. 100.

⁷⁶ CPGFr. art. 474 ss; CPCIt. art. 404 ss.

⁷⁷ Roland, 491.

⁷⁸ Foyer, 214.

⁷⁹ Roland, N^{os} 169 ss.

⁸⁰ JT 1944 II 29.

d'opposition au jugement. L'article 262 CCS permet à l'autorité du canton d'origine du père et aux héritiers présomptifs du père d'attaquer la légitimation qui peut être judiciaire ⁸¹. On ne peut objecter que la légitimation judiciaire est un acte de juridiction gracieuse. Elle peut être un jugement contentieux et la « tierce opposition » est aussi recevable dans ce cas ⁸². Si l'autorité compétente du canton d'origine du père ou les autres intéressés ont participé à la procédure de légitimation, ils n'ont plus la qualité de tiers et l'action en annulation leur est refusée. C'est un principe fondamental de la tierce opposition. Enfin, l'article 404 GPCN cache sous le nom de révision un cas de tierce opposition des droits français et italien ⁸³.

Le principe de l'égalité devant la loi exige une application uniforme du droit. Elle est assurée par les Cours suprêmes, la Cour de cassation de Paris, la *Corte di cassazione* de Rome et le *Bundesgerichtshof* de Karlsruhe. Le pourvoi en cassation de la procédure civile neuchâteloise fait partie de la famille des recours à la juridiction suprême.

*

Peut-on définir les voies de recours ? On l'a contesté ⁸⁴. Une définition ne serait ni utile ni facile à formuler. Les définitions abondent mais elles servent d'entrée en matière et sont souvent incomplètes et imprécises ⁸⁵. Dans le cadre strictement légal, une définition est sans intérêt. Que la *Nichtigkeitsklage* ne soit pas considérée comme une voie de recours en droit allemand ⁸⁶, que le recours de l'article 20 GPCN soit placé dans le chapitre relatif aux causes de récusation et d'inhabilité et non dans celui des voies de recours, ne change rien à la nature propre de ces deux moyens. Il faut faire abstraction du plan législatif. Son respect devient vite une paresse et il s'avère souvent néfaste en procédure ⁸⁷. Il est en revanche intéressant de rechercher les traits communs essentiels des voies de recours en qualifiant de ce terme tous les moyens qui ont la nature et les effets des recours et non pas seulement ceux que la loi baptise ainsi.

Japiot enseignait ⁸⁸ que les voies de recours prolongent le litige. Nous reprendrons cette idée féconde et juste. Le recours est en réalité une action.

⁸¹ CCS art. 260. Ce droit d'opposition est accordé à d'autres intéressés encore. Com. zurichois, Egger, art. 262, N^{os} 1 et 2.

⁸² Com. zurichois, Egger, art. 261, N^o 2.

⁸³ Roland, N^{os} 178 et 179; CPCIt. 404 al. 2.

⁸⁴ Calamandrei, II, 209.

⁸⁵ Cuhe et Vincent, N^o 410; Laborde Lacoste, 410; Capitant, *Vocabulaire juridique*, 498; Garsonnet et Cézair-Bru, VI, 3; Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, 150; Matti, Zpr., 1117; Guldener, Zpr., 489; Morel, N^{os} 602 et 603; Calamandrei, II, 209.

⁸⁶ Rosenberg, 627 ss.

⁸⁷ Vizioz, 8.

⁸⁸ Japiot, N^o 142.

Cette action spéciale se distingue des actions ordinaires par son objet : un jugement, une décision qui ne jouit pas nécessairement de l'autorité de la chose jugée.

Les recours mettent en œuvre une opposition au jugement. Ils se distinguent des voies d'exécution qui sont la mise en pratique de la décision. Les législateurs prennent soin de coordonner ces deux notions antinomiques. Tantôt l'exécution met obstacle au recours (elle implique acquiescement), tantôt le recours empêche l'exécution (effet suspensif), tantôt l'exécution fait expirer le délai de recours (la demande d'interprétation est recevable tant que le jugement n'a pas été exécuté), tantôt enfin exécution et recours coexistent parce que le recours n'a pas d'effet suspensif ou parce qu'exécution provisoire a été accordée nonobstant le recours. L'opposition impliquée dans le recours est d'intensité variable. Evidente dans l'appel, la requête civile et le pourvoi, elle se remarque moins dans la tierce opposition et devient imperceptible dans la demande d'interprétation. Le recours en rectification d'erreurs matérielles consacre une opposition purement formelle. Il tend à l'exécution du jugement et non à sa réformation ou à son annulation.

Les voies de recours ont aussi un but propre, bien que variable dans sa réalisation : obtenir principalement, directement (parfois par le détour du renvoi) un meilleur jugement, plus favorable, plus clair, plus correct ou meilleur en droit. Elles tendent à la suppression du jugement seulement quand celle-ci seule donne satisfaction au recourant (cassation sans renvoi, annulation pour excès de pouvoir).

Enfin, le résultat de tout recours est l'obtention d'un jugement, d'irrecevabilité, de recevabilité et de mal fondé ou de recevabilité et de bien fondé. Le droit de recours appartient aux parties en général, aux tiers parfois. Il suppose un intérêt dans les deux cas, comme en matière d'action.

*

Même dans ce sens large, les voies de recours n'embrassent pas toutes les causes qui empêchent le jugement de déployer ses effets.

La prise à partie que la loi française place parmi les voies de recours n'est pas à considérer comme telle. Elle n'est pas dirigée contre le jugement, mais contre le juge. Elle n'a qu'incidemment des effets sur le jugement. Elle ne suppose pas nécessairement une décision ⁸⁹.

La prescription du droit constaté par jugement⁹⁰ ne touche qu'accessoirement le jugement, principalement le droit reconnu. Le jugement perd sa force exécutoire mais la créance, par exemple, reste incontestable. Si le

⁸⁹ Morel, N° 153.

⁹⁰ CO art. 137 al. 2.

créancier a le droit d'opposer la compensation ⁹¹, le montant et l'existence de sa créance seront indiscutables. Il pourra se prévaloir positivement ou négativement de l'autorité de la chose jugée. La prescription du droit constaté par jugement a un point commun avec les voies de recours : le caractère d'opposition. Mais, tandis qu'en matière de recours l'opposition se réalise par une action, elle reste de pur fait en matière de prescription. Lorsque la réalité n'a pas été accordée avec le jugement, le droit présume finalement qu'elle l'emporte.

Le refus de l'exequatur empêche le requérant de se prévaloir du jugement. La demande d'exequatur est une voie d'exécution. Elle tend à la prolongation territoriale des effets du jugement (exequatur des jugements étrangers) ou à son perfectionnement par l'estampille d'un magistrat (exequatur des sentences arbitrales) ⁹². L'exequatur ne s'attaque pas au jugement sinon d'une manière accidentelle en lui refusant ce dont il ne jouit pas encore et non en lui prenant une vertu acquise. En matière internationale le refus de l'exequatur ne produit jamais un effet comparable à celui des voies de recours. Le jugement étranger conserve sa valeur originaire, dont la prolongation seule est refusée. En matière de sentences arbitrales la distinction s'affaiblit. Elle réside dans le pouvoir extrêmement limité du juge de l'exequatur. Il ne saurait en aucun cas et en aucune manière faire un réexamen, même partiel, de la cause. En conséquence, le refus de l'exequatur ne peut s'appuyer que sur des irrégularités très graves et tellement grossières qu'elles impliquent non seulement l'annulabilité ou la nullité, mais l'inexistence de la sentence ⁹³.

Le gagnant peut renoncer à se mettre au bénéfice du jugement. Il s'agit d'un acte bénévole, alors que le recours permet et impose une nouvelle solution du litige. Le recours prolonge la contestation, la renonciation au contraire y met fin.

La distinction entre le recours et l'inscription en faux contre le jugement est floue. S'il s'agit de faux intellectuel, sa constatation judiciaire constituera un motif de recours ⁹⁴. En cas de faux matériel, il n'y a pas véritable jugement. Or, le recours suppose un jugement. Il implique de la part de celui

⁹¹ CO art. 120 al. 3.

⁹² Vizioz, 588.

⁹³ Cette manière de voir n'implique pas un élargissement de la notion d'inexistence, mais au contraire une conception restrictive des motifs qui peuvent justifier le refus de l'exequatur et dont le CPCN ne souffle mot.

Elle permet d'expliquer le système du CPCN qui intercale le recours en nullité entre la procédure arbitrale et l'exequatur. L'exequatur doit être demandée après l'expiration du délai de recours. En conséquence, le refus de l'exequatur ne saurait se fonder, sinon sur des motifs plus graves que ceux qui ouvraient le recours en nullité. Ces vices qui survivent à l'expiration du délai de recours ne peuvent être que des causes d'inexistence.

Japiot (N^{os} 980 à 982) tient un raisonnement analogue, en considérant que les motifs qui autorisent l'opposition à l'ordonnance d'exequatur sont des causes d'inexistence.

⁹⁴ CPCN art. 403 ch. 4 par exemple.

qui l'introduit reconnaissance du caractère obligatoire de ce jugement, contrairement à l'inscription en faux. La procédure d'inscription en faux se distingue de la procédure de recours par sa spécialité.

*

Les éléments accidentels des voies de recours dictent un certain nombre de classifications.

La voie de recours est dite générale ou spéciale suivant l'étendue des pouvoirs du juge de recours. La voie spéciale investit le juge d'une mission bien déterminée, dont il apparaît le spécialiste; ainsi, le juge de l'interprétation, de la correction, du pourvoi en cassation. Les pouvoirs du juge saisi par un recours spécial sont quantitativement limités.

Des motifs précis ouvrent les voies de recours extraordinaires. Les voies ordinaires, au contraire, ne limitent pas les griefs que le recourant peut élever contre le jugement ⁹⁵. En général, les voies ordinaires seules sont suspensives d'exécution. En cas de concours, elles ont priorité sur les voies extraordinaires ⁹⁶. Glasson, Tissier et Morel ⁹⁷ définissent ainsi la voie extraordinaire. Ils ajoutent que les voies ordinaires « existent toujours du moment qu'un texte spécial ne les supprime pas ». Dans ce sens le pourvoi en cassation, type de la voie extraordinaire, est une voie ordinaire ! Le droit français admet que la Cour suprême connaît de l'activité de tous les rouages du pouvoir judiciaire non expressément soustraits à sa censure. Cette définition concerne plutôt le caractère de l'autorité de recours. Elle est juridiction de droit commun ou d'exception suivant que son contrôle sur les tribunaux inférieurs est donné ou refusé par principe. On dispute le caractère de la tierce opposition. La doctrine dominante la considère comme une voie extraordinaire ⁹⁸, MM. Calamandrei et Roland ⁹⁹ comme une voie ordinaire. En droit allemand les voies ordinaires seulement sont qualifiées de recours (*Rechtsmittel*). La distinction se retrouve en droit italien mais elle a une signification différente, plus proche du sens habituel des termes « ordinaire » et « extraordinaire ». Le jugement peut être entaché d'irrégularités immédiatement visibles ou au contraire de vices occultes qui n'apparaissent qu'après l'expiration des délais habituels de recours. On ne peut attendre la certitude que ces vices n'existent pas pour déclarer le procès terminé. Les voies extraordinaires sanctionnent ces vices occultes; leur délai est fatalement plus long que celui des voies ordinaires. Dans cette conception, le pourvoi en cassation est une voie ordinaire ¹⁰⁰. La terminologie est aussi confuse en Suisse. Les voies ordinaires et extraordinaires sont appelées parfaites et imparfaites (*vollkommene und unvollkommene Rechtsmittel*) par

⁹⁵ Morel, N° 605; Laborde Lacoste, 411; Devèze, 163.

⁹⁶ Guldener, Zpr., 522.

⁹⁷ Glasson, Tissier et Morel, III, 249, 250.

⁹⁸ Morel, N° 605.

⁹⁹ Roland, N° 419 bis; Calamandrei, II, 205.

¹⁰⁰ Redenti, II, N° 145.

M. Guldener ¹⁰¹. Selon le même auteur, les voies sont extraordinaires lorsqu'elles ont pour objet une décision entrée en force de chose jugée. Elles sont ordinaires dans le cas inverse. Ce critère prend l'effet pour la cause.

La distinction française est valable en droit neuchâtelois. C'est la présence d'ouvertures à cassation, à requête civile qui donne à ces deux recours leur caractère extraordinaire. Il n'en va pas de même en droit fédéral. Le recours en réforme est une voie ordinaire bien qu'il ne soit ouvert que pour des motifs précis.

La doctrine classe ensuite les recours en voies de rétractation et de réformation. La voie de rétractation, comme son nom l'indique, permet de revenir devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué. Mais faut-il considérer comme voies de réformation tous les recours qui mettent en œuvre la hiérarchie judiciaire ou seulement ceux qui investissent le juge supérieur d'un pouvoir de réforme ? La seconde opinion prévaut. La classification est alors imparfaite, certains recours y échappent ¹⁰².

Les voies de recours sont dévolutives ou non dévolutives. Au sens allemand ¹⁰³, la voie non dévolutive est synonyme de voie de rétractation. La voie dévolutive permet d'attaquer le jugement devant un juge supérieur. Dans leur acception française, ces termes ne font qu'accessoirement allusion à la mise en œuvre de la hiérarchie judiciaire. Une voie de rétractation peut être dévolutive. Le recours a effet dévolutif lorsqu'il accorde au juge qu'il saisit des pouvoirs qualitativement identiques à ceux du premier juge. Le pourvoi en cassation est dévolutif au sens allemand, non dévolutif au sens français ¹⁰⁴.

Le caractère général, le caractère ordinaire et l'effet dévolutif sont liés mais non solidaires. Entre l'appel, voie générale, ordinaire et dévolutive, et le pourvoi, voie spéciale, extraordinaire et non dévolutive, on trouve des recours dont les caractères sont mixtes. Le recours en réforme au Tribunal fédéral en est un exemple. La construction des systèmes de recours n'obéit pas seulement à la logique mais aussi à l'opportunité. C'est la raison des confusions que nous avons rencontrées.

Comparées à l'action qui a abouti au jugement attaqué, les voies de recours sont de trois sortes. Certaines sont de même nature que l'action originaire. Elles lui succèdent à titre universel. Elles font figure d'actions secondaires. Tels sont l'appel, l'opposition... les voies ordinaires au sens français. D'autres ne sont que des survivances de l'action originaire : le recours en interprétation et la demande de rectification. Une troisième catégorie enfin sanctionne des droits nouveaux. Ce sont des actions nouvelles : les voies extraordinaires (au sens français).

¹⁰¹ Guldener, Zpr., 498, 499.

¹⁰² Guldener, Zpr., 501; Cuche et Vincent, N° 410; Morel, N° 604.

¹⁰³ Rosenberg, § 132 I 2 litt. b.

¹⁰⁴ Morel, N° 633.

Chapitre II

LA THÉORIE DES NULLITÉS DES ACTES JURIDICTIONNELS

§ 1. LA NULLITÉ DES ACTES JURIDIQUES EN GÉNÉRAL.

Un acte juridique est invalide lorsqu'il ne remplit pas les conditions matérielles ou formelles requises par la loi pour produire l'effet auquel il tend¹⁰⁵. La théorie des nullités a pour objet l'étude des caractères juridiques de ces actes¹⁰⁶. Deux tendances s'y affrontent, la théorie classique et la théorie moderne.

*

La théorie classique est défendue en France par les auteurs de l'école de l'Exégèse. On la trouve en Suisse chez von Tuhr en particulier¹⁰⁷, qui s'est inspiré des Pandectistes allemands. Elle n'a pas un intérêt uniquement historique. Représentée aujourd'hui encore¹⁰⁸, elle sert de base à la conception des auteurs actuels. La théorie moderne des nullités n'a pas eu pour résultat d'anéantir la théorie classique, mais de l'assouplir.

Les cas d'invalidité forment trois catégories : les inexistentes, les nullités absolues et les nullités relatives. Chaque catégorie a quatre caractéristiques relatives aux effets du jugement sur l'acte invalide, à la qualité pour invoquer l'inefficacité, à la possibilité qu'elle se prescrive et à la faculté de

¹⁰⁵ Eneccerus L., Nipperdey H. G., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15^e éd., Tübingen 1960, II, 906 ss; Colin A., Capitant H. et Julliot de la Morandière L., *Traité de droit civil*, Paris 1959, II, N° 743.

¹⁰⁶ Des Gouttes, 348 ss.

¹⁰⁷ Von Tuhr, *Partie générale du Code des obligations*, trad. Torrenté et Thilo, 2^e éd., Lausanne 1933, I, 29.

¹⁰⁸ La conception de M. Cancino est proche de la doctrine classique; il écrit, p. 206 : « Nous opposons donc, dans cette matière, deux classes de nullités : la nullité absolue et la nullité relative qui comprennent tous les aspects de l'institution et où doivent se greffer, d'un côté ou de l'autre, la totalité des vices qui entachent la validité d'un acte à sa naissance; ce faisant, nous nous trouvons en opposition avec la doctrine classique qui, elle, établit une classification tripartite, ou même selon quelques auteurs, une bipartite qui oppose la nullité, qui à son tour se subdivise, à l'inexistence. »

confirmer l'acte vicié. Ces quatre caractères, unis par un lien logique, sont solidaires. L'un quelconque d'entre eux implique les trois autres. Les actes inexistantes se passent d'une constatation judiciaire. Ils n'obligent personne. Ils sont imprescriptibles et inconfirmables. L'expiration du temps, la volonté des intéressés ne peuvent influencer le droit de se prévaloir du vice ¹⁰⁹. Les actes absolument nuls font l'objet d'une constatation judiciaire déclarative. Quiconque peut dénoncer la nullité absolue, irrémédiable, imprescriptible et inconfirmable ¹¹⁰. Les actes relativement nuls sont valables jusqu'à leur annulation par un jugement constitutif. La qualité pour invoquer l'annulabilité est déterminée par la loi. La nullité relative est prescriptible et confirmable.

Les nullités absolues et relatives procèdent de la loi ¹¹¹, les premières du vieux *jus civile* strict et formaliste, les secondes du droit prétorien ¹¹². Les actes juridiques inexistantes forment une catégorie très discutée. Elle n'est pas admise par tous les partisans de la théorie classique ¹¹³. Elle n'a pas sa source dans la loi ¹¹⁴ et n'est pas d'origine romaine ¹¹⁵. Elle a connu une fortune particulière en matière de nullités de mariage, en droit canon et en droit français ¹¹⁶. Le principe des nullités textuelles s'opposait, en l'absence de dispositions légales, à l'invalidation de mariages monstrueux conclus sans consentement ou entre personnes de même sexe. Il fallait trouver un biais : ce fut l'inexistence. Cette notion offre une utilité dans les domaines réglés exhaustivement par le législateur. Elle est un moyen extrême d'assouplir le droit strict dans des hypothèses exceptionnelles. L'inefficacité de l'acte juridictionnel est précisément une matière à laquelle le législateur voue des soins attentifs. L'acte juridictionnel inexistant est de ce fait une question souvent discutée par la doctrine.

*

La théorie moderne des nullités a été exposée en France par MM. Japiot et Drogoul, qui ont développé les thèses de l'illustre Doyen de Nancy ¹¹⁷.

¹⁰⁹ Drogoul, 60.

¹¹⁰ Von Tuhr, *op. cit.*, I, 203.

¹¹¹ Drogoul, 62, 63.

¹¹² Drogoul, 122; Cancino, 146; Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Paris 1948, II, 69; Japiot, th., 80, 81.

¹¹³ Von Tuhr, *op. cit.*, § 29, ne parle pas de l'inexistence. M. Cancino, 166, a une conception bipartite de la nullité.

¹¹⁴ Les cas légaux d'inexistence sont rarissimes. On peut citer comme exemple l'article 161 CPCIt. : « *La nullità della sentenza soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione. — Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice.* » Redenti, I, N° 63, pp. 235, 236; De Maio, N° 68, p. 61.

¹¹⁵ La nullité absolue du droit romain est à vrai dire proche de l'inexistence. Cancino, 144.

¹¹⁶ Cancino, 147, 208.

¹¹⁷ Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899; Géný, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris 1914-1924.

Dans son ouvrage intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Gény dénonce « l'exagération de l'élément légal » (chapitre premier) et les « abus des abstractions logiques » (chapitre second) de la méthode traditionnelle. Il cite parmi les domaines qui ont souffert de l'école de l'Exégèse « ...toute notre théorie des nullités, dont les compartiments demanderaient à être multipliés et assouplis »¹¹⁸. M. Des Gouttes a appliqué la théorie moderne au droit suisse, en s'inspirant de ces études¹¹⁹.

La division bipartite ou tripartite des cas d'invalidité, le principe de la solidarité des caractères sont abandonnés au profit d'une vaste et unique catégorie composée d'autant de cas particuliers qu'il y a de possibilités de combiner les caractères désolidarisés¹²⁰. L'école de l'Exégèse comparait les cas de nullité pour les classer suivant leurs caractères communs dans les trois catégories préétablies. La théorie moderne procède différemment. Essentiellement pragmatique, empirique, elle considère la nullité non comme l'état d'un acte mais comme « la sanction attachée à l'absence d'une condition que le droit positif juge nécessaire »¹²¹. Cette sanction vise le but de la règle de droit dont elle garantit l'application scrupuleuse¹²². La nullité est étudiée en rapport avec la règle de droit à laquelle elle est attachée et non en fonction de catégories logiques. Une méthode pratique, réaliste, remplace une méthode théorique et systématique. « A propos de chaque hypothèse de nullité, il faut se demander quelles personnes pourront s'en prévaloir, pendant quel temps l'action pourra être exercée, et sous quelles conditions elle sera couverte par la confirmation. Il semble au premier abord que ces difficultés doivent être envisagées séparément et que le parti le plus sage soit de les examiner une à une, sans partir d'un principe *a priori*, et en essayant chaque fois d'y apporter la solution la plus convenable. »¹²³

*

La théorie moderne est une réaction heureuse, mais excessive, contre la théorie classique. La théorie moderne dénonce l'erreur des classiques qui voulaient à tout prix retrouver dans la loi leurs catégories préétablies. La même logique qui fonde le principe de la solidarité des caractères aurait dû faire voir aux classiques qu'en réalité, en législation, les règles juridiques ne peuvent être isolées mais doivent être hiérarchisées. Les intérêts sociaux priment les considérations purement théoriques. Il est normal que la loi déclare valables jusqu'à constatation judiciaire les mariages absolument

¹¹⁸ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 147, 148, note 4.

¹¹⁹ Des Gouttes, *Système des nullités en droit suisse*.

¹²⁰ Japiot, th., 129, 130; Drogoul, 209, 264.

¹²¹ Drogoul, 264.

¹²² Japiot, th., 13.

¹²³ Drogoul, 129; Japiot, th., 933.

nuls. L'intérêt à la sécurité du mariage passe avant l'intérêt purement théorique au respect de la règle selon laquelle l'acte absolument nul l'est *ipso jure et ab initio* ¹²⁴. La théorie classique soumet les figures juridiques aux lois de la vie biologique. Le procédé vaut à titre de comparaison. Il est impropre à fonder un système de nullités. L'espace juridique n'est pas semblable en tous points à l'espace réel. Mais l'empirisme de la théorie moderne est excessif. Il trahit les directives de son père spirituel. Gény n'écrit-il pas : « Comment faire violence aux exigences de l'esprit qui reste notre seul instrument pour scruter l'essence du monde ? ... la prise de la réalité ne s'offre à nous que moyennant sa décomposition schématique... les procédés traditionnels d'analyse de la réalité, si artificiels qu'ils puissent être, ne manquent pas d'une certaine objectivité » ¹²⁵. On ne saurait reprocher à von Tuhr d'avoir mis de l'ordre en matière de nullités et il ne faut pas sous-estimer l'héritage de la doctrine classique.

Comprises sainement ces deux théories, loin d'être irréductibles, se concilient parfaitement. Gény le démontre : « Les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif. Mais une condition s'impose... c'est que notre science ne perde jamais de vue le caractère essentiellement idéal et subjectif de ces procédés, qu'elle se résigne par conséquent à n'en tirer que de simples hypothèses, toujours dominées par les faits... l'écueil, contre lequel n'a pas su se garer notre dogmatique, consiste à objectiver ces éléments idéaux, à les envisager comme des nécessités logiques » ¹²⁶. Les juristes d'aujourd'hui ont épousé cette conception de compromis. Les traités actuels conservent les catégories classiques de la nullité absolue et de la nullité relative, parfois de l'inexistence, mais ils désolidarisent les caractères et accueillent sans difficulté des exceptions ¹²⁷.

¹²⁴ Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, 124.

¹²⁵ Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, 84-85.

¹²⁶ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 130, 131, 148 et 149.

¹²⁷ Barassi L., *Istituzioni di diritto civile*, 4^e éd., Milan 1948, 150: « Determinare quando il fatto che colpisce l'intima essenza del negozio conduca all'invalidità assoluta, e quando all'annullabilità relativa dipende dalla mutevole politica legislativa, più che da una rigida logica formale. » Julliot de la Morandière L., *Précis de droit civil*, Paris 1957, II, N° 393. Colin A., Capitant H. et Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, Paris 1959, II, N° 743 ss. Enneccerus L. et Nipperdey H. G., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15^e éd., II, §§ 202 et 203, pp. 1209 ss.

La fonction sociale de l'acte juridictionnel diffère de celle des actes juridiques ordinaires. Elle dicte un régime particulier d'invalidités. Les lois de procédure énumèrent exhaustivement les causes et les sanctions des inefficacités de l'acte juridictionnel. Mais cette opposition ne doit pas être érigée en dogme. Les nullités des jugements s'apparentent aux invalidités des actes juridiques. Les catégories classiques se retrouvent en matière d'actes juridictionnels. Ici aussi, les compartiments doivent être assouplis.

§ 2. LE JUGEMENT RELATIVEMENT NUL.

C'est le type par excellence du jugement invalide. En vertu de l'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », l'irrégularité de l'acte juridictionnel ne peut être soulevée qu'au moyen des voies légales, utilisables par les personnes qui ont qualité, dans un délai généralement bref. Cet adage ne vaut pas seulement en droit français. Il est de l'esprit des autres législations. L'article 161 al. 1 CPCIt., selon lequel la nullité des jugements sujets à appel et à recours en cassation ne peut être invoquée que par ces voies, l'énonce expressément. Les droits allemand et suisses le consacrent implicitement ¹²⁸.

L'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » est à l'autorité de la chose jugée ce que l'autorité de la chose jugée est à l'objet du jugement. L'autorité de la chose jugée ne satisfait qu'imparfaitement le besoin de sécurité sociale. Elle déclare incontestable ce qui a été jugé, mais elle ne saurait se déclarer elle-même indiscutable. Si elle seule protégeait la décision, le plaideur auquel on l'oppose pourrait objecter que la procédure, le jugement ou ses formes ne remplissent pas les conditions nécessaires à l'acquisition de l'autorité de la chose jugée. Sans l'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » le débat pourrait indirectement être rouvert.

Pour ce motif, la nullité du jugement est essentiellement relative. Elle suppose un jugement d'annulation (constitutif) de l'autorité de recours. Elle est remédiable à tous égards. On peut renoncer au droit d'annulation, essentiellement périssable. L'expiration du délai de recours déchoit du droit de soulever l'irrégularité. L'acte juridictionnel ne s'accommoderait pas de la simple prescription qui laisse subsister la valeur défensive du droit. La péremption seule lui convient.

§ 3. LE JUGEMENT ABSOLUMENT NUL.

Avec cette deuxième catégorie nous entrons dans le règne de l'incertitude. La terminologie est imprécise. Des auteurs ne distinguent pas toujours la

¹²⁸ Devèze, 211; Kleinfeller, 252; Schönke, 321; Nikisch, §102, I, N° 3; Rosenberg, § 73 II; Lent, § 60 I et IV; Guldener, th., 22; Zpr., 71 et 72; Hofmann, th., 20.

nullité absolue et l'inexistence, ou emploient le premier de ces termes dans le sens du second. On côtoie le paradoxe. L'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » implique l'exclusion de la nullité absolue en matière d'actes juridictionnels. Pourtant certaines nullités ne sont pas purement relatives. Enfin, les jugements prétendus absolument nuls échappent souvent à cette catégorie soit parce qu'ils présentent certains caractères de la nullité relative soit parce qu'ils voisinent avec l'inexistence.

*

Le jugement de légitimation qui peut faire l'objet d'une action en nullité *stricto sensu* (et non seulement, comme cela est possible aussi, d'une action en annulation), présente tous les caractères du jugement absolument nul. La constatation judiciaire est déclarative mais nécessaire. Tout intéressé a qualité pour dénoncer la nullité qui est irrémédiable ¹²⁹.

L'article 81 LP offre d'autres exemples de jugements absolument nuls. L'incompétence territoriale ou matérielle ¹³⁰, l'irrégularité de la citation ou de la représentation entraînent la nullité absolue du jugement invoqué à l'appui de la demande de mainlevée définitive, lorsqu'il émane d'une autorité judiciaire étrangère au canton de la poursuite. Cette nullité a un caractère hybride pourtant. Elle ne se périmé ni se prescrit, mais le débiteur peut valablement renoncer à l'opposer.

Le jugement rendu par un juge inhabile sans le consentement exprès et écrit de toutes les parties ¹³¹ est-il absolument ou relativement nul en droit neuchâtelois ? En un sens, la nullité est absolue. Le Tribunal cantonal déclare la nullité. Le jugement et les actes de procédure sont inefficaces *ab initio*. En un autre, elle est relative. L'irrégularité n'est pas irrémédiable. Le texte légal parle d'annulation. Cette invalidité est proche de la nullité absolue à cause de la longueur exceptionnelle du délai pour la faire valoir : un an, alors que les irrégularités touchant à des formalités essentielles doivent être soulevées « avant de suivre au procès » ¹³², et que le délai du pourvoi est de dix jours. Mais la nullité n'est pas irrémédiable. Le jugement est confirmé par l'expiration du délai ou par une renonciation expresse et écrite.

*

Le jugement et les actes de procédure, fondés sur une décision antérieure annulée par la suite, sont anéantis de plein droit ¹³³. La jurisprudence française rappelle souvent ce principe ¹³⁴, reconnu par la jurisprudence neuchâteloise ¹³⁵.

¹²⁹ Aubert J.-F., *Les actions de la filiation*, thèse Neuchâtel 1955, ch. VII, pp. 129, 138 et 141.

¹³⁰ JT 1930 II 24; Jäger, *Commentaire de la L. F. sur la poursuite pour dettes et la faillite*, trad. Petitmermet et Bovay, I, sous art. 81, chif. 15, 18, 19.

¹³¹ CPCN art. 20.

¹³² CPCN art. 76.

¹³³ Devèze, 78.

¹³⁴ Glasson, Tissier et Morel, III, 523; Perrin, 187; Bardot, 180.

¹³⁵ CCC VI 174 : « Le jugement sur conclusions civiles est annulé de plein droit lorsque le jugement pénal est annulé pour cause de révision. »

La nullité par voie de conséquence ne s'analyse pas non plus en une annulation pure et simple. C'est une cause de nullité irrémédiable qui ne se périmé point et à laquelle on ne peut logiquement renoncer. Celui qui a obtenu la cassation d'un jugement sur la compétence ne manquera pas de se prévaloir de la nullité du jugement au fond rendu entre temps. Cependant la nullité n'est pas à la portée de tout intéressé. En particulier, les consorts volontaires qui n'auraient pas recouru contre le jugement sur la compétence ne pourraient pas se mettre au bénéfice de la cassation par voie de conséquence du jugement au fond.

Comment la nullité est-elle déclarée ? la question est controversée. Des auteurs pensent que l'utilisation des voies de recours est nécessaire ¹³⁶. Cette manière de voir est théoriquement et pratiquement contestable. Elle constitue une entorse à l'autorité du premier arrêt d'annulation. La cassation par voie de conséquence n'est pas une véritable cassation. Elle peut être invoquée hors délai et la nullité d'un jugement antérieur n'est pas une ouverture à cassation. Au surplus, le second jugement émane parfois d'un tribunal soustrait au contrôle de la Cour de cassation sans être susceptible d'une autre voie de recours ¹³⁷. Il ne faut donc pas déclarer nécessaire l'utilisation des voies de recours, qui constituerait une formalité inutile et peu pratique. Songe-t-on à l'effet non suspensif du pourvoi et au temps qui peut s'écouler parfois de son introduction à l'arrêt de la Cour ?

L'annulation par voie de conséquence est une nullité de plein droit. Le jugement ultérieur est non avenu ¹³⁸. Toute autorité doit, sur simple production de l'arrêt de cassation ou d'annulation du jugement ordinaire, tenir pour absolument nuls les actes et les jugements qui en sont la simple conséquence.

*

La doctrine allemande unanime ¹³⁹ fait une distinction qui n'a pas trouvé d'écho en droit français ni, à notre connaissance, en droit italien ¹⁴⁰. Entre les jugements annulables et les jugements inexistant, elle place les

¹³⁶ Perrin, 187; Bardot, 180.

¹³⁷ L'hypothèse est concevable (CCC VI 174). Elle se réaliserait fréquemment si les auteurs du Code de procédure pénale n'y avaient cherché remède comme l'atteste le bulletin du Code de procédure pénale (100) : « ... pour éviter la mise à néant du jugement civil ensuite de la cassation du jugement pénal, nous avons prévu que le Président du tribunal ne statuerait sur les conclusions civiles qu'après le délai de recours contre le jugement pénal (dans l'hypothèse où il n'y a pas recours) ou après la procédure de cassation (cantonale ou fédérale), si elle est introduite par l'une des parties. »

¹³⁸ Glason, Tissier et Morel, III, 523.

¹³⁹ Schönke, 321; Nikisch, § 102 III; Stein Jonas, § 578; Lent, § 60 III; Rosenberg, § 73 IV.

¹⁴⁰ On trouve pourtant cette distinction chez Calamandrei (II, 178) : « ... si ha tutte le volte in cui, pur essendo presenti quegli elementi di fatto che la legge considera indispensabile a costituire il concetto giuridico di sentenza, questa giuridicamente esistente nel processo, non è idonea a raggiungere fuori del processo l'effetto essenziale di una sentenza, cioè a portare la certezza nel rapporto giuridico contro-verso. »

jugements sans effet ou absolument nuls (*wirkungslose, nichtige Urteile*).

Le jugement sans effet présente deux caractères. C'est un jugement, une autorité judiciaire a jugé. Mais ce jugement n'est pas apte à déployer ses effets normaux. Sont sans effet les jugements qui ne donnent pas de solution au litige (dispositif indéterminé, contradictoire, inadmissible, impossible), qui s'appliquent à des parties inexistantes ou à des parties non soumises à la juridiction nationale, qui violent des règles particulièrement importantes de compétence ou qui tendent à des effets déjà produits par d'autres circonstances (jugement de divorce rendu après la mort d'un des conjoints). L'énumération n'est pas exhaustive. Les exemples rapportés sont les plus fréquemment cités.

Le jugement sans effet nécessite une déclaration de nullité qui peut être obtenue par les voies de recours ou par une action en constatation de nullité. Mais la nullité est irrémédiable à tous points de vue. Elle est prise d'office en considération.

On peut se demander si la doctrine allemande ne tente pas d'appliquer à l'acte juridictionnel la conception tripartite classique des nullités. Le groupe des jugements sans effet constituerait la catégorie des jugements absolument nuls. Les jugements sans effet sont, d'ailleurs, aussi qualifiés de cette manière. Il ne semble pas qu'il y ait entre le jugement sans effet et l'acte juridique absolument nul une identité technique comparable à celle qui unit les actes juridiques et juridictionnels annulables. Une circonstance tout à fait particulière permet à l'acte juridictionnel d'être jugement quant à son existence, et non-jugement quant à ses effets. Le rapport de l'aspect matériel et de l'aspect immatériel diffère dans l'acte juridictionnel et dans l'acte juridique. L'acte juridique, même formel, a une existence immatérielle qui jouit d'une certaine autonomie par rapport à l'instrument qui le contient. L'aspect immatériel de l'acte vivifie son aspect matériel. On ne trouve rien de semblable en matière d'actes juridictionnels. Le jugement émane d'un organe impersonnel contrairement au testament, au contrat... Une fois rendu, le jugement puise en lui-même la force de remplir sa fonction¹⁴¹. S'il ne trouve pas cette force dans son contenu objectif, dans le sens et l'impératif de sa lettre, il existe mais il est impuissant. Un contrat dépourvu de sens n'est pas un contrat nul, mais un acte juridique qui n'est jamais arrivé à maturité malgré son existence formelle. Nous concevons aisément qu'il n'y ait pas contrat, bien que ses conditions d'existence formelle soient réalisées, parce que le contrat est une figure juridique désincarnée, immatérielle. Nous ne concevons pas aussi facilement qu'il n'y ait pas jugement quand, formellement, il y a jugement. Dans ce sens, le jugement sans

¹⁴¹ Un arrêt récent de la Cour de cassation neuchâteloise illustre cette idée (R.J.N I 206) : « Le juge ne peut modifier le jugement qu'il a rendu même si, par inadvertance, il a rédigé le dispositif d'une façon qui ne répond pas entièrement à ses intentions. »

effet n'a pas son pareil en matière d'actes juridiques. Mais il résulte des exemples rapportés que le jugement est aussi « sans effet » s'il est rendu par un véritable tribunal mais présente des vices particulièrement graves, s'il viole des règles fondamentales de compétence par exemple. Un tel jugement n'est pas « sans effet » de par nature, comme le serait le jugement privé de dispositif. Il pourra au contraire déployer des effets, ce que le législateur veut empêcher par une intervention efficace : la nullité catégorique. Dans ce sens, le jugement sans effet est comparable à l'acte juridique absolument nul. La particulière gravité du vice dicte le caractère absolu de la nullité dans les deux cas.

Les doctrines française et italienne ignorent les jugements sans effet qu'elles englobent dans la catégorie des jugements inexistant pour autant qu'elles l'admettent.

§ 4. LE JUGEMENT INEXISTANT.

La doctrine allemande ¹⁴² ne met pas en doute ni ne critique cette catégorie d'invalidités. Elle enseigne que le jugement est inexistant lorsqu'il n'est encore qu'à l'état de projet, lorsqu'il émane d'une personne totalement dépourvue du pouvoir de juger (il s'agit par exemple d'un exercice de séminaire) ou lorsqu'il n'est pas prononcé suivant les formes prescrites ¹⁴³.

Le jugement inexistant ne produit strictement aucun effet. Il n'oblige personne, ni les autorités ni les particuliers, qui doivent l'ignorer. Pourtant les auteurs admettent, dans certains cas, la possibilité d'utiliser les voies de recours ou d'intenter une action en constatation d'inexistence.

*

Au contraire de la doctrine allemande, les doctrines italienne et française n'expriment pas une opinion unanime au sujet de l'acte inexistant.

Chiovenda ¹⁴⁴ est d'avis que le jugement est absolument nul (il entend par là inexistant) quand son auteur ne disposait pas du pouvoir de juger ou quand son exécution s'avère impossible. Avec Calamandrei ¹⁴⁵, il admet que le jugement inexistant peut être simplement ignoré. Il estime néanmoins que l'action en constatation de l'inexistence et les voies de recours sont ouvertes, pour autant qu'elles offrent une utilité.

¹⁴² Stein Jonas, § 578; Nikisch, § 102 IV; Schönke, 321 ss; Fischer, 91; Lent, § 60 II; Rosenberg, § 73 III.

¹⁴³ Rosenberg, 243.

¹⁴⁴ Chiovenda, 753.

¹⁴⁵ Calamandrei, II, 206.

Le CPCIt. fait allusion à l'inexistence. L'article 158 CPCIt. déclare *insanabile* les irrégularités qui touchent à la constitution du tribunal et à la participation obligatoire du ministère public. Il réserve néanmoins l'article 161 qui proclame *sanabile* tous les vices à l'exception du défaut de signature. Seul le jugement non signé serait inexistant. Ces dispositions ne sont pas lumineuses et malgré la prétention du législateur à l'exhaustivité, la doctrine admet l'inexistence dans des hypothèses qu'il n'a pas prévues ¹⁴⁶.

*

Une vue d'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence française est difficile, voire impossible à donner. Les opinions sont fuyantes. Les juristes cherchent une juste mesure entre la nécessité d'admettre l'inexistence et la nécessité de la limiter aux cas absolument exceptionnels.

Poncet ¹⁴⁷ reconnaît l'inexistence. Elle a pour effet de rendre les parties juges du jugement : « ... le jugement est-il nul ou ne l'est-il pas ? c'est une question que les parties ne peuvent pas décider, nul n'ayant le droit de se rendre justice à lui-même. Toutefois la règle doit souffrir exception, quand la nullité sort évidemment de la nature des choses, car alors il n'y a plus de questions préjudicielles à juger. » Il consacre tout un chapitre à l'acte juridictionnel inexistant. Il cite à titre d'exemple le jugement rendu par un simple particulier, par un tribunal hors de son siège, le jugement non rédigé, incertain, inexécutable. Il attache une grande importance à l'apparence d'autorité. L'excès de pouvoir qui résulte du jugement lui-même en cause la nullité de plein droit, c'est-à-dire l'inexistence.

Glasson, Tissier et Morel sont plus restrictifs. Si le défaut de juridiction n'est pas assimilable à l'incompétence absolue, il ne s'ensuit pas qu'il soit toujours une cause d'inexistence. Logiquement, tout défaut de juridiction est identique à lui-même. Pourtant, le jugement qui n'émane pas d'un juge et celui qui est rendu par un tribunal dépourvu du pouvoir de statuer sur le litige ne sont pas affectés semblablement. Le second vice peut être couvert par l'expiration du délai de recours ¹⁴⁸. Ces auteurs remarquent à juste titre que le défaut du pouvoir de juger n'est pas toujours un cas d'inexistence. Ils démontrent ainsi que les causes d'inexistence ne peuvent être déterminées systématiquement. Chiovenda, par exemple ¹⁴⁹, a fait des tentatives dans ce

¹⁴⁶ Redenti, I, 235, 236 : « Secondo noi però è forza riconoscere che nonostante il dettato dell'art. 161, anche per le sentenze si può essere qualche ipotesi di nullità assoluta insanabile. » De Maio, 61 : « Il legislatore non accenna all'inesistenza e si occupa soltanto della nullità. Ma non l'esclude, né avrebbe potuto farlo. Tocca alla dottrina ed alla giurisprudenza di stabilire quali siano gli elementi essenziali dell'atto, il cui difetto lo renda non solo nulla ma tamquam non esset. »

¹⁴⁷ Poncet, 206 à 234.

¹⁴⁸ Glasson, Tissier et Morel, I, 674 ; III, 56. Morel, N^o 565 et 602 bis.

¹⁴⁹ Chiovenda, 307.

sens¹⁵⁰, à propos de la distinction de la juridiction ordinaire (de droit commun) et spéciale (d'exception). Le juge de droit commun jouit de la plénitude de juridiction, d'une vocation idéale à juger en toute matière et ne subit qu'une limitation d'exercice de la juridiction. Le pouvoir du juge d'exception, en revanche, est limité à l'exercice qui lui en est concédé. Chiovenda en conclut que la décision de la juridiction d'exception incompétente souffre d'un défaut absolu de juridiction que ne peut couvrir l'expiration des délais de recours. Cette manière de voir n'est pas admise en droit français¹⁵¹. Les législations modernes déjouent cette vue trop schématique et la distinction traditionnelle des juridictions d'exception et de droit commun. En certaines matières, la compétence attribuée aux juridictions d'exception n'est pas soustraite à l'exercice seulement de la juridiction de droit commun (qui garderait ainsi un droit virtuel de juger la matière), mais aussi à son pouvoir de juger. En présence de juridictions d'exception à compétence exclusive, la juridiction de droit commun ne jouit plus de la plénitude absolue de juger¹⁵². L'incompétence matérielle n'entraîne pas en principe inexistence de l'acte¹⁵³. Il est en tout cas erroné de prétendre que l'incompétence *ad valorem* a cet effet¹⁵⁴. On considère au contraire la compétence *ad valorem* comme une catégorie inférieure dans l'ensemble des règles de compétence matérielle. La jurisprudence française¹⁵⁵ tend à sanctionner par une incompétence relative seulement la violation des règles de compétence *ad valorem*. En droit italien l'incompétence à raison de la matière peut être relevée d'office en tout état de la procédure, l'incompétence *ad valorem* durant la procédure de première instance seulement¹⁵⁶.

Des juristes éminents se sont portés adversaires de la notion de jugement inexistant et la restreignent au strict minimum¹⁵⁷.

M. Solus écrit : « ... la théorie de l'inexistence se heurte, dans son application aux jugements, à la même objection fondamentale que celle qu'elle a rencontrée en matière de contrats et d'actes juridiques en général : à savoir que le jugement prétendument inexistant, n'en a pas moins, dans la très grande généralité des cas, les apparences et les formes d'un jugement; il a une existence matérielle de fait, en tant que tel. Et la seule affirmation du plaideur qui argue de l'inexistence ne peut avoir de force et d'autorité que

¹⁵⁰ Guldener, Zpr., 71; th., 17. La catégorie des jugements inexistant est généralement admise en Suisse; Hofmann, 20, 21.

¹⁵¹ Morel, N° 295.

¹⁵² Cuhe et Vincent, N° 254 et 255.

¹⁵³ Fabreguettes, 304.

¹⁵⁴ Cette opinion est défendue par Mlle L. Helberg, 4.

¹⁵⁵ Cuhe et Vincent, N° 253.

¹⁵⁶ CPCh. art. 38 al. 1.

¹⁵⁷ C'est la tendance générale des auteurs français, comme le remarque M. Carbonnier (*Droit civil*, Paris 1955, I, N° 43, 123 et 125).

Parmi les juristes éminents qui ont combattu la notion d'inexistence, il faut citer MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière (Colin et Capitant, *Cours élémentaires de droit civil*, Paris 1923, I, 81 ss et 183 ss; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, Paris 1959, II, N° 748).

si elle est, elle-même, sanctionnée par une décision judiciaire. Or relativement aux jugements, cette décision judiciaire ne peut normalement être obtenue que par le moyen de l'exercice des voies de recours; et ceci par application de l'adage « en France, voies de nullités n'ont lieu contre les jugements »¹⁵⁸. Nous objecterons que l'inexistence est de toute manière exceptionnelle. On ne peut invoquer pour la combattre la très grande majorité des cas, ni l'adage « voies de nullité... » puisqu'elle est « un paillatif nécessaire contre la conséquence de la règle voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »¹⁵⁹ !

M. Hébraud¹⁶⁰ préconise aussi une conception très restrictive : « ... la notion d'inexistence ne peut garder sa valeur et son efficacité que si elle demeure rigoureusement limitée, et ne couvre que les hypothèses où l'acte ne présente même pas les apparences extérieures de ce qu'il prétend être, ce qui oriente l'inexistence davantage vers le vice de forme que vers les vices de fond ». Mais M. Hébraud reconnaît l'utilité incontestable de cette notion, malgré son maniement délicat¹⁶¹.

M. Perrot est moins favorable¹⁶² : « La notion d'inexistence, très décriée chez les civilistes, est d'une application encore plus contestable dans le domaine du droit judiciaire privé, si l'on veut bien tenir compte du fait que l'acte du juge n'est pas un acte ordinaire puisqu'il est couvert par l'autorité de la chose jugée... l'inexistence fait penser à ces remèdes empiriques qui suppriment provisoirement les effets de la maladie mais qui ne l'attaquent pas à la racine du mal, parce qu'en réalité le mal est ailleurs. »

*

Le jugement inexistant n'est pas seulement une vue de l'esprit. La jurisprudence utilise parfois cette notion, très empiriquement à vrai dire.

Un jugement dépourvu d'existence matérielle n'a pas d'existence juridique¹⁶³. Le jugement peut être victime de voies de fait. Cela est arrivé lors de l'incendie du Palais de justice de Paris en 1871. Un jugement civil, par exemple, a été détruit sans qu'il soit possible d'en retrouver la moindre trace. Une partie a introduit un pourvoi, concluant principalement à la cassation, subsidiairement à la déclaration d'inexistence de l'acte. La Cour de cassation a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer, ni de prononcer la condamnation à l'amende¹⁶⁴. Dispositif laconique, pourtant digne d'exemple et juste comme le remarque la note non signée à cet arrêt : « En ce qui concerne l'exception de chose jugée que le demandeur en cassation semblait

¹⁵⁸ Solus, note sous Amiens, 28 juillet 1917, S 1948 II 21.

¹⁵⁹ Devèze, 58.

¹⁶⁰ Hébraud, note sous Paris, 10 mai 1947, D 1948 129.

¹⁶¹ Rev. trim., t. 56, 1958, 121 à 123.

¹⁶² Perrot, note sur l'effet dévolutif, l'effet d'annulation et le droit d'évocation en appel, D 1952 565.

¹⁶³ Cornu et Foyer, 443, 447.

¹⁶⁴ S 1872 I 181.

particulièrement redouter... la crainte en était absolument chimérique, puisque devant les juges du fond, saisis de nouveau par lui de ses prétentions premières, ses adversaires se trouveraient dans l'impossibilité de produire et par conséquent de lui opposer, non pas même dans ses termes, mais seulement dans sa portée certaine, le jugement qui l'avait débouté et dont on prétendait induire la chose jugée. De quelle utilité étaient, dès lors, les conclusions subsidiaires et en quoi... pouvait profiter au demandeur la déclaration de non-existence d'un acte dont la teneur était inconnue ? » Il faut pourtant se garder de généraliser et de croire que sans écrit il n'y a jamais jugement. Le jugement rendu oralement ¹⁶⁵ a une existence juridique avant d'avoir une existence matérielle. Il lie le juge lors de la rédaction ultérieure.

*

La jurisprudence a parfois considéré comme inexistant le jugement rendu en violation de règles fondamentales (règles de forme, principes de procédure, règles relatives à la constitution du pouvoir de juger).

La Cour de cassation française a jugé qu'une décision judiciaire qui « n'est revêtue d'aucune signature et ne constitue qu'une pièce informe et dépourvue de toute valeur légale » ¹⁶⁶, ne pouvait acquérir l'autorité de la chose jugée.

L'inexistence peut sanctionner la violation d'un principe fondamental.

Un cas est rapporté par Japiot à la Revue trimestrielle de droit civil ¹⁶⁷. Le Tribunal de Saint-Claude déclare inexistante la sentence d'un juge de paix qui cite devant lui un tiers par lequel il se prétend diffamé et le condamne à des dommages-intérêts ! Le Tribunal renvoie l'affaire parce que le premier degré de juridiction n'a pas été épuisé. S'agit-il d'un véritable cas d'inexistence ? Japiot en doute. Il relève une contradiction dans le jugement de renvoi du Tribunal de Saint-Claude qui admet implicitement que le premier degré de juridiction a été épuisé en recevant l'appel et simultanément renvoie l'affaire en première instance motif pris qu'elle n'a pas été épuisée. Japiot conçoit deux façons d'interpréter ce jugement d'appel. Ou, le Tribunal de Saint-Claude considère la sentence comme juridiquement existante mais emploie le terme « inexistant » dans un sens imagé, pour motiver le renvoi. Ou, dans une analyse plus subtile, il considère la sentence comme existante à certains égards (elle est susceptible d'un appel recevable), inexistante à d'autres (elle n'épuise pas le premier degré de juridiction). La sentence est alors formellement existante, matériellement inexistante. Japiot préfère cette seconde interprétation : « Nous avons trop souvent insisté sur

¹⁶⁵ GPCN art. 339 al. 2.

¹⁶⁶ DP 1874 I 308; Garsonnet et Cézard-Bru, III, N° 710.

¹⁶⁷ Rev. trim., t. 35, 1937, 195.

la relativité des conceptions doctrinales et la nécessité de solutions mixtes pour pouvoir critiquer une tendance de ce genre. »

La Cour d'appel d'Amiens ¹⁶⁸ admet l'inexistence d'un jugement auquel a participé un juge récusable. Un des membres du Tribunal de commerce avait été arbitre rapporteur dans la même affaire, avant de devenir magistrat consulaire. Le cas est contestable. Envisagé *in concreto*, on comprend le raisonnement de la Cour d'Amiens : il y a violation d'une règle fondamentale garantissant l'objectivité du tribunal. Mais, en droit, la sanction est disproportionnée pour une simple cause de récusation. Tel est aussi l'avis de l'arrêtiste qui ajoute incidemment, confirmant le cas examiné précédemment : « On peut considérer... que la règle que « nul ne peut être, en même temps, juge et partie dans un procès », est une règle fondamentale et essentielle, qui est, en quelque sorte, de droit naturel, et dont la violation ne permet pas de reconnaître le caractère de jugement à la décision qui en est entachée. »

La violation des règles relatives à la formation du pouvoir de juger est parfois aussi sanctionnée par l'inexistence. Selon Crépon, « un jugement ou un arrêt rendu par un nombre de magistrats insuffisant, n'est pas, à proprement parler, une véritable décision judiciaire ; il n'en a que les apparences ; en réalité, il doit être considéré comme inexistant » ¹⁶⁹. Le cas est discutable. L'absence d'un magistrat peut se produire dans des circonstances diverses. Le cas reste contestable dans l'hypothèse précise où le jugement atteste l'irrégularité de la composition du tribunal. Un jugement du Tribunal cantonal neuchâtelais qui aurait été rendu par quatre juges seulement, dans une matière qui peut être attribuée par prorogation de compétence à un Tribunal de district, ne saurait être considéré comme inexistant. On ne peut pas arguer non plus que la participation du cinquième juge aurait influencé l'issue du litige. La dissidence de celui-ci serait restée minoritaire, le jugement à quatre juges impliquant qu'une majorité de trois voix a été atteinte. Pourtant, d'un point de vue purement juridique, un seul juge a pouvoir de trancher une affaire de 2000 francs, et quatre en sont dépourvus relativement à une affaire de 2001 francs.

La détermination des causes d'inexistence s'avère logiquement impossible.

On trouve des cas pratiques de jugements inexistantes en raison de la violation des règles relatives au pouvoir de juger. La Cour de cassation française a déclaré sans objet, parce que dirigé contre un acte dépourvu de toute valeur, un pourvoi contre la décision, rendue en violation des règles les plus élémentaires de la procédure française, d'une cour martiale tenant ses pouvoirs d'une prétendue loi déclarée nulle par la suite ¹⁷⁰.

*

¹⁶⁸ Amiens, 31 mars 1905, D 1907 II 237.

¹⁶⁹ Crépon, III, 507, N° 1838.

¹⁷⁰ Gaz. Pal. 1948 I 285.

L'irrégularité intrinsèque grave est-elle la seule cause d'inexistence ou, des circonstances étrangères au jugement peuvent-elles avoir aussi cet effet ? *Quid*, si après un jugement absolument correct, accordant le divorce ou déclarant la paternité illégitime, on constate que, précédemment, le mariage a été dissout par la mort d'un conjoint, l'enfant reconnu par un tiers ? ¹⁷¹

Le premier cas n'est pas une hypothèse d'école. Il s'est présenté plusieurs fois en France après la seconde guerre mondiale. Des divorces ont été prononcés dans l'ignorance du décès de l'un des conjoints. La Cour d'appel de Paris ¹⁷² a refusé de considérer comme inexistant le jugement de divorce rendu à une date à laquelle un conjoint était décédé au cours de sa déportation. Dans la note à cet arrêt, M. Hébraud approuve la conception stricte de la Cour d'appel de Paris contre celle, plus large, de la Cour de cassation française. Cette dernière a jugé ¹⁷³ que le décès d'un conjoint après l'arrêt d'appel, mais avant l'arrêt sur le pourvoi, rendait le divorce inexistant. Elle se fonde sur l'effet suspensif du pourvoi en cette matière et l'extinction de l'action en divorce et des droits de recours successifs, causée par la mort d'un conjoint ¹⁷⁴. Selon M. Hébraud, le jugement de divorce n'empêche pas d'obtenir ultérieurement un jugement en constatation de l'antériorité du décès. Les deux titres parfaitement valables peuvent alors être conciliés et point n'est besoin de la notion absolument subsidiaire d'inexistence. Le raisonnement de M. Hébraud est possible parce que le jugement de divorce, quoiqu'il implique l'existence du mariage au moment où il est prononcé, n'a pas autorité de chose jugée sur cette question. Pour cette raison, la conciliation des deux décisions, proposée par M. Hébraud, est délicate peut-être, mais possible.

Dans le second cas, en revanche, (reconnaissance de la part de A, venue à jour après le jugement qui attribue paternité à B), les deux actes attestent dans un sens différent un même point précis. Le biais de la conciliation n'est plus possible, sinon en ce sens que les actes contradictoires devront faire l'objet d'une solution d'ensemble. Mais celle-ci enlèvera nécessairement toute valeur juridique à l'un des deux actes. Des considérations fondées sur le droit de la famille et de la filiation seront déterminantes et prévaudront sur le principe dogmatique de l'autorité de la chose jugée. Le problème n'a pas à être résolu ici. Il démontre simplement qu'une conception, même restrictive à l'extrême, de l'inexistence ne peut limiter ses causes aux vices propres, intrinsèques, de l'acte juridictionnel.

Une autre circonstance, étrangère à la régularité de l'acte juridictionnel, entraîne parfois l'inexistence : le fait qu'il soit rendu au nom d'une personne

¹⁷¹ CCG art. 303.

¹⁷² D 1948 129.

¹⁷³ DP 1916 I 208; S 1917 I 22.

¹⁷⁴ Même opinion : JT 1926 I 392 ss.

inexistante. De nouveau, toute systématisation s'avère impossible. Juridiquement, aucune différence ne sépare la décision rendue au nom d'une personne imaginaire de la décision rendue au nom d'une personne décédée ou privée de la personnalité juridique. Mais, en fait, ces diverses hypothèses doivent être distinguées. Le jugement au nom d'une personne décédée pourra valoir pour ou contre la communauté héréditaire, le jugement au nom d'une société privée de la personnalité, pour ou contre les associés. Seule l'inexistence de droit et de fait du plaideur est irrémédiable.

Il arrive enfin que le jugement soit inexistant à cause de la qualité défectueuse de son contenu. Il est dépourvu de dispositif ou contradictoire. La Cour de cassation française a annulé pour contradiction de motifs un jugement qui prononçait une condamnation de principe et décidait de surseoir la détermination quantitative de la prestation à cause de doutes sur l'applicabilité de textes qui contenaient non seulement des règles de calcul mais encore le principe même de la responsabilité¹⁷⁵. Quel effet peut avoir une décision qui dit à la fois blanc et noir ? Il n'est pourtant pas certain qu'un acte même absurde soit dépourvu de tout effet juridique. Un tel jugement pourrait très bien en droit suisse interrompre la prescription¹⁷⁶. Il est ainsi concevable qu'un jugement soit inexistant à certains égards, existant à d'autres.

*

Eminemment variable dans ses causes¹⁷⁷, et dans ses effets, le jugement inexistant n'est pas sanctionné d'une seule manière. Logiquement les voies de recours devraient être exclues. Elles supposent un jugement. Les auteurs admettent qu'elles sont utilisables pourtant et reconnaissent en outre la possibilité d'introduire une action en constatation d'inexistence¹⁷⁸. Pratiquement, elles sont tantôt obligatoires, tantôt exclues¹⁷⁹. L'inscription fondée sur un jugement inexistant ne peut être sans autre ignorée. La seule décision d'irrecevabilité suffira en général aux besoins pratiques. Elle impli-

¹⁷⁵ BACCC 1951 III 80 N° 110 : « Doit être cassé pour contradiction de motifs le jugement qui, tout en se basant d'une part sur le statut du personnel de la Croix-Rouge française pour prononcer une condamnation de cet organisme à verser à un de ses agents une indemnité, ... surseoit d'autre part à statuer jusqu'à décision de l'autorité compétente pour fixer le montant de cette indemnité, au motif qu'il subsisterait une incertitude sur le point de savoir quel est le règlement administratif applicable à l'intéressé, refusant ainsi de faire application du statut sur lequel il se fonde par ailleurs. »

¹⁷⁶ CO art. 138.

¹⁷⁷ L'inexistence dépend aussi des circonstances précises du cas. M. Hébraud le démontre dans sa note à la Revue trimestrielle de droit civil (t. 55, 1957, 383 ss.).

¹⁷⁸ Calamandrei, II, N° 114, 115; Schönke, 321 ss; Hébraud, Rev. trim., t. 50, 1952, 104.

¹⁷⁹ CCC VI 218 : « Le juge qui dans un entretien privé déclare qu'une requête est mal fondée, ne rend pas une décision; il n'y a dès lors pas possibilité de recourir en cassation, car une décision judiciaire inexistante ne saurait être annulée. »

que l'inexistence ¹⁸⁰. Souvent, un recours sera introduit à temps. L'autorité l'accueillera sans soulever la question de l'existence du jugement.

*

La Cour de cassation civile neuchâteloise ¹⁸¹ a utilisé implicitement la notion d'inexistence. Elle a déclaré irrecevable un pourvoi dirigé contre une décision du bureau de conciliation statuant sur une exception d'incompétence que la loi réserve à la connaissance du Tribunal des prud'hommes (cas d'excès de pouvoir), mais a néanmoins donné satisfaction au recourant en ordonnant au Tribunal des prud'hommes une décision sur la question. C'est un cas typique d'inexistence. Sans casser la première décision, la Cour de cassation l'ignore et en provoque une seconde sur la même question de compétence. Elle a en revanche cassé, sans soulever le problème, un jugement rendu par un magistrat six jours après l'expiration de ses fonctions ¹⁸².

§ 5. LES INVALIDITÉS DE JUGEMENTS ET LA THÉORIE MODERNE DES NULLITÉS.

Le principe du caractère relatif de la nullité du jugement se révèle assez inexact. Il y a des cas théoriquement et pratiquement importants, sinon fréquents, de nullité non relative. La plupart des jugements invalides ne répondent pas à la nullité relative pure puisque l'annulation a effet rétroactif. Celle-ci se rapproche de la nullité absolue. Elle constitue un cas intermédiaire. Il serait d'ailleurs assez étrange que le droit puisse arbitrairement limiter l'invalidité de l'acte juridictionnel à la nullité relative. La réalité est trop complexe. La sanction doit être proportionnée à la gravité de l'irrégularité. Or celle-ci est variable. Depuis l'hypothèse du jugement entièrement valable à l'acte inexistant, se placent en « dégradé », une quantité d'irrégularités dont on ne peut pas même dire qu'elles gravitent autour d'un des centres logiques : nullité relative, absolue, inexistence. Quel est par exemple le caractère du vice que la Cour de cassation peut prendre en considération d'office, à supposer qu'il y ait pourvoi, parce qu'il touche à l'ordre public ?

La théorie des nullités n'a pas pour seule tâche la classification et l'exposé de l'état de l'acte invalide. Elle doit aussi rechercher le pourquoi de cet état. Les causes de nullité de l'acte juridique précisent sa définition.

¹⁸⁰ Waline, *Droit administratif*, Paris 1959, N° 676.

¹⁸¹ CCG VI 70.

¹⁸² RJN I 17.

Celle-ci, normalement brève, réunit les éléments essentiels de l'acte. Celles-là visent des circonstances en la présence desquelles les faits satisfont, en apparence seulement, à la définition de l'acte juridique, et ne doivent pas bénéficier d'efficacité juridique. La technique s'est perfectionnée. Lorsque l'irrégularité ne lèse qu'un intérêt privé, l'acte invalide se transforme, en vertu de la loi même qui le déclare tel, en un acte régulier, si le droit d'annulation n'est pas exercé en temps utile. La loi au contraire sanctionne les irrégularités qui touchent à l'ordre public par la nullité absolue. L'inexistence, les nullités absolue et relative constituent trois moyens au service d'un même but : déterminer l'efficacité juridique précise d'une situation de fait.

Pourquoi l'inexistence a-t-elle une importance pratique plus grande à propos des jugements, des mariages, qu'à propos des testaments, des contrats... ? Le contrat et le testament inexistant font figure d'actes imparfaits qui ne sont pas parvenus à maturité. L'aspect formaliste, au sens le plus fort de ces termes, a disparu de ces domaines et l'inexistence s'est intégrée dans la définition de l'acte. Au contraire, un acte formel, vivifiant, crée le mariage et l'acte juridictionnel. Le terme d'acte juridictionnel manifeste d'ailleurs une tendance à l'affinement, à l'épuration de la définition du jugement. Comme on a extrait la notion d'action de la demande en justice, acte purement matériel et formel, on tirera peut-être du jugement la notion plus subtile, désincarnée, d'acte juridictionnel. Il ne faut pas sous-estimer la notion d'inexistence¹⁸³. Cause de nullité *lato sensu* du mariage, du jugement, on la retrouve à propos de tout acte juridique, mais à un stade d'évolution plus avancé en général. Si elle ne présente d'utilité immédiate que dans les domaines commandés encore par le formalisme, sa méditation pourrait permettre justement une évolution de la définition de l'acte juridictionnel au terme de laquelle elle s'y intégrerait. La considération du fonctionnement de l'inexistence confirme ce point de vue. Sa conséquence inadmissible et inconciliable avec l'acte juridictionnel, dit-on, est de rendre les plaideurs juges du jugement. Envisagée dans cette perspective, la notion d'inexistence doit être condamnée. C'est à tort qu'on a mis l'accent sur cet aspect de la question. Il est secondaire. La notion d'inexistence permet aux organes obligés fonctionnellement par le jugement d'exercer un contrôle légitime sur sa validité. L'obligation fonctionnelle imposée à un organe implique pour celui-ci le droit de vérifier si l'injonction est valable. Le jugement n'est pas une formule magique, un sésame ! Or c'est précisément à la question de l'existence juridique de l'acte que ce contrôle doit se limiter. Le pouvoir administratif ne peut pas juger le pouvoir judiciaire, mais il reste juge du point de savoir si les conditions auxquelles il est contraint d'agir sont données. Cette fonction première de la notion d'inexistence (détermination des conditions nécessaires à engendrer une obligation fon-

¹⁸³ C'est aussi l'avis de M. Carbonnier (*Droit civil*, Paris 1955, I, 388).

tionnelle), fonde par ricochet des droits subjectifs à se prévaloir de l'inexistence. Cette notion tient donc un rôle important dans la science du droit judiciaire privé. Elle pourrait en outre avoir des conséquences pratiques importantes, permettre par exemple un assouplissement des systèmes de l'exequatur, empreints encore d'une conception « barbare » de l'acte qui émane d'une autorité étrangère. A cette fin, l'enseignement de la théorie classique et de la théorie moderne des nullités ne doit pas être abandonné. Il ne doit pas non plus encourager un laisser-aller empirique. Au-delà de ces théories et grâce à une étude scientifique, une notion dématérialisée d'acte juridictionnel remplacera peut-être la conception formaliste, au sens fort, de jugement. A ce stade, la catégorie des jugements inexistantes, controversée aujourd'hui, s'intégrerait dans la définition de l'acte juridictionnel. Dans l'état actuel du droit, l'inexistence est une catégorie très incertaine d'invalidités. Elle doit garder ce caractère précisément parce que les nullités absolues et relatives sont strictement déterminées par la loi et que la définition de l'acte juridictionnel n'a pas encore acquis des contours très précis. L'inexistence apparaît comme un groupe d'inefficacités pour raison d'ordre public et d'abus de droit. Ces deux notions se présentent sur divers plans (droit international privé, droit international public, droit intertemporel, procédure) en autant de silhouettes particulières. L'inexistence est un de ces cas où le droit se répudie lui-même parce qu'il est légitime et juste qu'il en soit ainsi, parce que son esprit doit primer sa lettre et sa forme.

Chapitre III

COMPARAISON DES RÉGIMES DE NULLITÉ DE L'ACTE JURIDIQUE ET DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

La doctrine oppose traditionnellement les actions en nullité aux voies de recours. Elle enseigne à ne pas confondre la nullité des actes juridiques et celle des actes juridictionnels¹⁸⁴, mises en œuvre par des moyens distincts¹⁸⁵. Des auteurs ont pourtant souligné l'analogie des voies de recours et des actions en nullité, en disant qu'aucune différence essentielle ne les séparerait¹⁸⁶. Une comparaison se justifie donc.

§ 1. ACTIONS EN NULLITÉ ET VOIES DE RECOURS.

En affirmant que le recours est une action, alors qu'auparavant nous nous sommes efforcés de l'en distinguer, nous ne nous contredisons pas¹⁸⁷. Deux idées différentes peuvent adopter une même forme juridique. C'est le cas ici. Le recours s'attaque à une décision autoritaire pour le recourant, l'action en nullité à un acte juridique obligatoire pour le demandeur. Mais l'un et l'autre revêtent une même forme juridique : celle de l'action au sens général du terme¹⁸⁸.

*

¹⁸⁴ Nikisch, § 102 I N° 3 : « Bei der Behandlung fehlerhafter Entscheidungen, muss man sich hüten, Begriffe anzuwenden, die für fehlerhafte Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Recht ausgebildet worden sind. » Leni, § 60 I.

¹⁸⁵ Morel, N° 602.

¹⁸⁶ Calamandrei, II, 159 : « Il diritto di cassazione che la legge attribuisce al privato è un diritto potestativo, cioè un potere giuridico del ricorrente di produrre l'annullamento della sentenza denunciata mediante sentenza di giudice : questo diritto non differisce da quei diritti di impugnativa che il diritto privato concede in alcuni casi contro un negozio giuridico viziato da determinati difetti, se non in quanto, mentre essi mirano a produrre una variazione in una situazione nata dal diritto privato, questo mira a produrre una variazione in una situazione giuridica che si è formata in seguito a un provvedimento processuale (sentenza...) » Hofmann, 18.

¹⁸⁷ *Supra*, ch. I, § 1.

¹⁸⁸ Redenti, I, N° 10 : « L'azione ha naturalmente un suo schema formale (modulo) tipico. Questo schema-tipo scheletrico si presta a ricevere in sé un contenuto materiale (sostanziale), assai diverso secondo i casi. »

Les auteurs emploient souvent le mot *recours* pour le terme d'action. Inversement, il n'est pas nouveau de définir le droit de recours comme un droit d'action¹⁸⁹. Les définitions de l'action abondent et divergent, mais elles peuvent toutes comprendre le droit de recours¹⁹⁰.

Le droit de recours suppose les mêmes conditions générales de recevabilité que le droit d'action.

Comme l'action, il se distingue de l'acte par lequel il s'exerce. La demande et l'acte de recours mettent en œuvre des droits préexistants.

Le droit de recours se différencie du droit porté en justice comme le droit d'action, du droit déduit en justice. L'appel porte en justice le litige même tranché par le jugement attaqué. Les voies extraordinaires sanctionnent des droits nouveaux et distincts du droit litigieux originaire.

Le recours est, comme l'action, la condition *sine qua non* pour qu'un jugement soit rendu. Les pourvois dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir ne font pas exception. Le droit d'action appartient dans ces cas au ministère public ou au gouvernement.

L'acte de recours et la demande en justice créent un même rapport juridique : l'instance.

Les autorités qui statuent sur les recours ne sont pas distinctes de celles qui jugent les actions. Souvent un tribunal est en même temps autorité de recours à l'égard d'un juge inférieur. A certaines conditions, des demandes nouvelles sont recevables pour la première fois devant l'autorité de recours¹⁹¹. Enfin, il arrive qu'un litige soit jugé par l'autorité de recours avant d'avoir été tranché par le juge inférieur, en vertu d'un droit d'évocation¹⁹².

*

Malgré cette identité avec l'action, le recours présente quelques particularités.

Le caractère exhaustif de la loi en matière de recours semble accuser une première différence. Les voies de recours sont encore, en quelque sorte, des « actions de la loi » tandis que les actions ordinaires sont en nombre illimité¹⁹³. Cette particularité d'ordre quantitatif et non d'ordre qualitatif est illusoire. Les actions sont en nombre illimité parce que les droits subjectifs eux-mêmes sont illimités et posent des questions nombreuses auxquelles répondent des actions différentes (action en constatation de l'existence d'une

¹⁸⁹ Vizioz, 11; Japiot, Rev. trim., t. 11, 1912, 809; Poncet, I 263, II 265; Jaeger, *Corso di dir. pro. civ.*, 389.

¹⁹⁰ Morel, N° 22; Japiot, N° 59; Cuhe et Vincent, N° 10; Foyer, 277 : l'action est un pouvoir contraignant à l'égard de l'adversaire et du juge; celui-là ne peut se dérober, celui-ci doit trancher. Cornu et Foyer, 275 : l'action est « le pouvoir d'être entendu du juge dans sa prétention, et d'obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention. » Rosenberg, 380; Lent, 89; Guldener, Zpr., 161.

¹⁹¹ Vizioz, 524, N° 41.

¹⁹² CPGFr. art. 473.

¹⁹³ Garsonnet et César-Bru, I, N° 355, p. 528.

créance, action en exécution, en nullité...). Les voies de recours sont en nombre limité parce que les droits contre les jugements sont eux-mêmes limités.

Selon Japiot, « ... ce qui fait la différence du recours et de l'action en nullité, c'est que le recours dure pendant un temps variable suivant la nature spéciale de chaque recours, et généralement assez bref, tandis que l'action en nullité dure en principe trente ans... »; ce qui fait aussi la différence des recours et de l'action, « ... ce sont les règles de compétence... »¹⁹⁴.

La particularité relative aux délais est peu intéressante. Elle ne se vérifie pas toujours. Le délai pour agir est parfois très bref. Le délai pour recourir peut être long. L'article 929 CCS prévoit que le possesseur est déchu de son action s'il ne réclame pas la restitution... aussitôt après avoir connu le fait et l'auteur de l'atteinte portée à son droit. La prescription de l'action elle-même est d'un an dès le jour de l'usurpation et non seulement dès celui où le possesseur a eu connaissance du trouble et de son auteur. En revanche, le droit de demander la révision du jugement fondé sur la découverte de moyens nouveaux de preuve se périmé par un an à compter de la découverte¹⁹⁵. L'action en nullité relative du mariage se prescrit par six mois.

La particularité relative aux règles de compétence en matière de recours est plus intéressante. Les voies de recours sont régies par des règles absolument strictes de compétence territoriale et matérielle. Une action peut être ouverte devant des tribunaux très divers, à Berne, à Bâle, à Genève, à Paris ou à Rome, parce que la loi prévoit des fors facultatifs ou parce qu'une prorogation de compétence est possible. Un recours ne sera recevable que devant l'unique autorité désignée par la loi. Les règles de compétence en matière de recours sont d'ordre public, comme la plupart des dispositions relatives à l'organisation judiciaire. Ce caractère d'ordre public impose aux autorités de recours l'obligation de vérifier d'office si la décision a force de chose jugée, alors que les tribunaux n'ont pas à prendre d'office en considération le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée. La force de chose jugée, contrairement à l'autorité de la chose jugée, touche au régime de la hiérarchie judiciaire. Une fois le délai de recours expiré, la décision acquiert alors force de chose jugée et est soustraite au contrôle d'un tribunal supérieur. Si les parties pouvaient renoncer à la force de chose jugée, elles modifieraient à leur gré l'organisation de la hiérarchie judiciaire. Une renonciation à l'autorité de la chose jugée n'a pas cet effet. Si elle n'est pas suivie de transaction, les plaideurs reviendront simplement devant le juge compétent, sans pénétrer plus avant dans la hiérarchie du pouvoir judiciaire. Les règles de compétence en matière de recours assurent la mise en œuvre de la hiérarchie judiciaire qui aspire littéralement le litige et l'achemine, tout en le prolongeant, vers une fin plus incontestable encore.

¹⁹⁴ Japiot, *Rev. trim.*, t. 11, 1912, 809.

¹⁹⁵ CPCN art. 405 al. 1.

Notons encore une autre différence importante : le droit déduit en justice par le recours dépend étroitement du recours lui-même. La prescription de l'action laisse subsister le droit. La déchéance ou la péremption l'atteint dans son existence. Elle fait office de prescription en matière de voies de recours. Le droit d'attaquer un jugement ne survit pas à l'expiration du délai. Il ne garde pas une valeur défensive. Sur le plan doctrinal, les droits d'annulation en matière d'actes juridiques (mariage, contrat, testament...) font l'objet d'une étude autonome de fond. Les causes de nullité de l'acte juridictionnel au contraire ne sont jamais étudiées pour elles-mêmes, mais toujours en rapport étroit avec les moyens de les faire valoir.

L'identité de nature des actions et des voies de recours, leurs particularités, expliquent les controverses suscitées par certains recours, la tierce opposition par exemple ¹⁹⁶. Lorsqu'ils sont soumis à un long délai et ne mettent pas en œuvre la hiérarchie judiciaire, ils perdent les seuls caractères qui permettent de les distinguer des actions.

§ 2. CAUSES DE NULLITÉ DES JUGEMENTS ET CAUSES DE NULLITÉ DES ACTES JURIDIQUES.

Cette comparaison et la précédente n'ont pas pour but de critiquer les solutions législatives mais des vues excessivement dogmatiques de la doctrine. Sans doute, les actions en nullité ne s'appliquent-elles pas au jugement. Mais ce n'est pas une raison pour nier la ressemblance remarquable qui unit les causes de nullité des actes juridiques et des actes juridictionnels. Le législateur ne peut pas traiter arbitrairement des uns comme des autres. De par la nature des choses, le jugement et l'acte juridique présentent certains types analogues d'imperfections. Mais, tandis que l'acte juridique, dominé par un formalisme atténué, crée des droits subjectifs et est l'œuvre de particuliers, l'acte juridictionnel applique le droit objectif et émane d'un organe impartial et expert. Ces différences influencent le régime des nullités de ces actes.

*

L'illicéité n'est pas une cause de nullité plus efficace en matière d'actes juridiques qu'en matière d'actes juridictionnels.

L'acte juridictionnel a deux manières d'être contraire au droit : il est vicié dans ses motifs ou illicite dans son dispositif ¹⁹⁷. De même un contrat peut être conclu sous l'empire d'une conception fautive ou dans l'intention de contrevenir au droit. Un contrat simplement injuste n'est pas encore un

¹⁹⁶ Cornu et Foyer, 493.

¹⁹⁷ Ces deux imperfections se confondent en général. Le jugement qui contraint au mariage, accorde le divorce, dans un système juridique qui n'admet pas ces façons de faire, est un véritable jugement illicite. Mais il résultera plutôt d'une grossière erreur de droit que d'une volonté illicite du juge.

contrat illicite dans son but. La justice et la licéité se distinguent dans l'acte juridique comme dans l'acte juridictionnel et le législateur les sanctionne de manière comparable dans l'un et l'autre cas. L'injustice, le mal-jugé est un vice mineur de l'acte ¹⁹⁸; il n'entame sa validité que temporairement. L'illicéité est plus grave. Le jugement et le contrat illicites sont semblablement dépourvus d'efficacité juridique. Un jugement condamnant au mariage peut, après l'expiration des voies de recours, être volontairement exécuté. Une exécution forcée est exclue.

Le mal-jugé est même une cause de nullité plus efficace de l'acte juridictionnel que de l'acte juridique. Les cas d'injustice grave qui permettent l'annulation du contrat sont strictement déterminés par la loi : dol, lésion, crainte fondée... Au contraire, le mal-jugé quel qu'il soit peut entraîner l'invalidation du jugement. Il n'est pas nécessaire qu'il soit d'une gravité particulière, en principe. Ensuite, l'erreur sur la motivation qui influe sur le dispositif du jugement pourra causer son invalidation alors que l'erreur sur les motifs n'est pas une erreur essentielle qui permette la rescision du contrat ¹⁹⁹. Ces particularités sont dictées par la fonction différente du contrat et de l'acte juridictionnel. Le premier est au service de l'utilité avant tout, le second est un instrument de la justice.

Le processus différent d'élaboration des actes commande un choix différent des circonstances qui peuvent les vicier. Une partie ne saurait recourir contre le jugement parce qu'elle a été victime d'une erreur au sens de l'article 24 CO durant la procédure ²⁰⁰. Une telle cause d'invalidité serait inutile. L'exposé des prétentions et les déclarations de volonté au cours du procès ont lieu d'une manière objective devant des juges impartiaux, circonstances dont ne bénéficient pas la conclusion d'un contrat, la confection d'un testament. Le dol, la crainte fondée constituent aussi des causes de révision du jugement, mais, en raison du caractère officiel de la procédure, ces motifs ne sont presque jamais invoqués.

La tierce opposition pour fraude de l'article 404 CPCN est une transposition sur le plan juridictionnel de l'action révocatoire ²⁰¹. L'action révocatoire elle-même est donnée contre les jugements qui présentent des caractères contractuels accusés (transaction, désistement, acquiescement) ²⁰².

¹⁹⁸ Chiovenda, 753 : « *La contrarietà alla legge è ora considerata come semplice ingiustizia che non impedisce il giudicato.* »

¹⁹⁹ Japiot, Rev. trim., t. 11, 1912, 799, « L'erreur sur les motifs n'est pas une cause qui permette d'agir avec succès en nullité des contrats, tandis que l'erreur commise par le juge et portant sur les motifs de la décision contentieuse permettra de faire réformer le jugement en appel. »

²⁰⁰ La réforme le permet par contre, CPCN art. 77 ss.

²⁰¹ LP art. 285 ss.

²⁰² Jäger, *Commentaire de la LP sur la poursuite pour dettes et la faillite*, trad. Petitmermet et Bovay, sous art. 288 chif. 3 : rentrent dans la notion d'acte juridique soumis à l'action révocatoire « certains actes de procédure tels que les reconnaissances en justice, les renonciations, les transactions... » CPCN, art. 89 al. 1; Morel, N° 681; Redenti, II, 505.

Les recours ne sanctionnent pas seulement la nullité du jugement. Les causes de nullité s'identifient aux vices « qui entachent la validité de l'acte à sa naissance »²⁰³. Or, il y a d'autres causes d'invalidité du jugement (revision pour faits nouveaux...), comme il y a d'autres causes de rescision du contrat *clausula rebus sic stantibus*)²⁰⁴.

*

Les jugements n'ont pas le caractère d'intangibilité qu'on leur prête souvent. A la façon des actes juridiques, ils encourent la sanction des imperfections qu'impliquent leur nature, leur structure et les conditions dans lesquelles ils sont rendus.

Un réalisme bienvenu a fécondé la théorie des nullités dans le domaine des actes juridiques en général. Par contre, en matière juridictionnelle elle est encore dans un état de sous-développement. Des études d'ensemble font défaut et le problème n'a malheureusement pas été dégagé du formalisme judiciaire. Les voies de recours apparaissent encore comme des « actions de la loi ».

Il n'y pas entre les actions et les voies de recours les différences qualitatives que les auteurs sous-entendent souvent. Le recours est une action et les causes de nullité des jugements sont comparables aux causes de nullité des actes juridiques ordinaires. L'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » n'a qu'une portée relative. Il ne peut empêcher l'évolution du Droit. Tantôt la jurisprudence crée une nouvelle voie de recours²⁰⁵, tantôt on propose de combler les lacunes des systèmes de recours²⁰⁶. C'est la preuve qu'en matière de recours comme en tout autre domaine, au-delà de la loi, il y a le Droit.

²⁰³ Cancino, 206.

²⁰⁴ Von Tuhr, *op. cit.*, II, 565, 566. *Supra*, 21 et 24.

²⁰⁵ Roland, Nos 218 et 219 : *L'opposition prétorienne*; Viziox, 282, N° 88 : *Le jugement en l'état, création prétorienne*.

²⁰⁶ Guldener, *Zpr.*, 325.

Titre II

HISTORIQUE DU POURVOI EN CASSATION

... la trajectoire de l'Histoire n'est pas celle d'une bille de billard qui, une fois décollée, parcourt un chemin défini; elle ressemble plutôt au mouvement des nuages, au trajet d'un homme errant par les rues, dérouteré ici par une ombre, là par un groupe de badauds ou une étrange combinaison de façades, et qui finit par échouer dans un endroit inconnu où il ne songeait pas à se rendre.

(Robert Musil, *L'Homme sans qualités.*)

Chapitre premier

LE RECOURS EN NULLITÉ EN DROIT ROMAIN, EN DROIT GERMANIQUE ET EN DROIT COMMUN

§ 1. LE DROIT ROMAIN.

Pour donner une idée générale du jugement invalide, des causes et des sanctions de la nullité en droit romain, nous considérerons deux grandes périodes séparées par l'apparition de l'appel, au Bas-Empire ¹. La première comprend les procédures en vigueur jusqu'à la fin du Haut-Empire (*legis actiones* et procédure formulaire), la seconde la procédure extraordinaire du Bas-Empire ². Une notion primitive du jugement domine la première période. Elle s'affine et tend vers la conception moderne durant la seconde.

*

¹ L'appel n'est pas cependant une création romaine. Lié à l'organisation politique, il existe bien avant l'époque romaine dans des systèmes centralisés. M. Pirenne le mentionne dans l'ancien empire d'Égypte (2750-2600 av. J.-C.) (*Les grands courants de l'histoire universelle*, Neuchâtel 1944, I, 19 et 24).

² Cette division est schématique. Les diverses procédures ne se sont pas simplement succédées; elles ont coexisté (Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd., Paris 1947, I, 129). La procédure formulaire du Haut-Empire a connu l'appel. Il n'est devenu d'un usage courant qu'au Bas-Empire.

Les voies de recours demeurent inconnues durant toute la première période. Le jugement est un oracle. Il émane de l'absolu et de la perfection³. En se laïcisant, le jugement se mêle aux actes juridiques privés dont il épouse les régimes d'invalidité⁴. Cette origine religieuse et cette parenté avec les actes juridiques ordinaires dictent les causes, la technique et les sanctions des invalidités de l'acte juridictionnel durant cette période.

Les auteurs classent les causes de nullité, éparses chez les Romains, en trois ou quatre groupes. Les irrégularités, imputables aux juges ou aux parties, qui entachent la naissance, le cours ou l'issue du rapport procédural (violations des conditions, des principes et des formes de la procédure), entraînent la nullité du jugement⁵. A côté des erreurs *in procedendo*, quelques erreurs graves *in iudicando* causent aussi la nullité du jugement : les erreurs *in iudicando contra jus constitutionis*, par opposition aux erreurs *in iudicando contra jus litigatoris*⁶.

La procédure formulaire n'instaure pas une technique souple des nullités. A sa naissance même, le jugement se présente comme absolument valable ou irrémédiablement nul. L'état de validité précaire (annulabilité) est inconnu⁷, de sorte que l'invalidité du jugement s'apparente à la nullité absolue des droits modernes, voire à l'inexistence.

Les plaideurs invoquent la nullité du jugement par l'*intercessio*, la *revocatio in duplum* ou la *restitutio in integrum*⁸. Celle-ci a un champ d'application très vaste. Elle embrasse les actes juridiques ordinaires comme les jugements⁹.

*

L'avènement d'un pouvoir judiciaire hiérarchisé, avec l'Empire, donne naissance à un appel¹⁰ très comparable à celui des droits modernes. Mais l'appel ne devient pas la sanction exclusive des imperfections du jugement. Les moyens en vigueur durant la première période restent utilisables (à l'exception de l'*intercessio*).

Entre l'acte irrémédiablement nul et l'acte absolument valable, apparaît un jugement dont la validité est tout d'abord précaire¹¹. En principe,

³ Roland, N° 152; Monier, *op. cit.*, I, 4 et 29.

⁴ May G., *Éléments de droit romain*, Paris 1932, 661; Hofmann, 23.

⁵ Balsiger, 11; Calamandrei, I, N° 7.

⁶ Calamandrei, I, N° 17 et 34 a.

⁷ Calamandrei, I, N° 5 et 6.

⁸ Calamandrei, I, N° 8 et 29; May, *op. cit.*, N° 289, p. 661; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1896, 1012; Monier, *op. cit.*, 171.

⁹ Monier, *op. cit.*, N° 146.

¹⁰ Lent, 255; Rosenberger, § 3 I 2.

¹¹ Calamandrei, I, N° 32 : « ... mentre in origine, al momento in cui il giudice emetteva la sua pronuncia, due soli eventi potevano prodursi — o che la pronuncia, per qualche suo vizio, dovesse considerarsi come assolutamente non nata, o che altrimenti, la pronuncia valida dovesse senz'altro formare l'irrevocabile accertamento del diritto, — una terza possibilità fu aperta dall'appello : quella di una sentenza giuridi-

L'appel remédie à l'injustice comme les autres moyens à la nullité¹².

La théorie des nullités de l'acte juridictionnel demeure inachevée en droit romain. Les moyens d'attaquer les jugements ont considérablement évolué. Une voie de recours est née. Mais elle n'a pas monopolisé le contrôle de l'acte juridictionnel. La soumission exclusive des jugements irréguliers ou injustes à des voies originales ne remonte pas au droit romain¹³. Les sanctions romaines de la nullité ne ressemblent ni au recours en nullité ni au pourvoi en cassation¹⁴. Les moyens romains sont déclaratifs, les recours modernes sont constitutifs. L'uniformité de la jurisprudence, fonction essentielle du pourvoi en cassation, n'a pas préoccupé les juristes romains. Les décisions judiciaires n'étaient pas motivées. Elles ne jouissaient pas de la vertu persuasive qui les accompagne aujourd'hui.

Pourtant, on rencontre déjà en droit romain certains éléments du recours en nullité et du pourvoi en cassation.

La distinction des erreurs *in procedendo* et *in judicando* est à la base du recours en nullité comme du pourvoi en cassation. Elle est fondamentale. Nous la retrouverons.

L'opposition entre le *jus constitutionis* et le *jus litigatoris* a passé dans les ouvertures à cassation et à nullité qui parlent de contravention « expresse, formelle » à la loi, de violation du droit « clair ». L'erreur *in procedendo* est le domaine par excellence du recours en nullité. La violation du droit « clair » qu'il sanctionne s'analyse plutôt en une erreur *in procedendo* qu'en une erreur *in judicando*. Heusler¹⁵ a formulé des critiques à l'encontre des législations suisses qui ouvrent le recours en nullité pour violation du droit « clair ». Il est vrai qu'en tant qu'erreur *in judicando*, la violation de la loi exige la réformation et non seulement l'annulation du jugement. Mais il est normal que la contravention au droit « clair » ouvre le recours en nullité puisqu'elle se rapproche de l'erreur *in procedendo* par sa gravité. C'est aussi l'avis de Calamandrei¹⁶; si l'erreur *in judicando contra jus constitutionis* (pendant de la violation du droit « clair ») se reconnaît à l'excès de pouvoir qu'elle implique, elle s'analyse bien en une erreur *in procedendo*.

Le pourvoi en cassation connaissait aussi une ouverture limitée aux erreurs *in judicando* flagrantes (violation expresse, formelle de la loi). Il a évolué et ne s'accommode plus de cette restriction. Comme le recours en nullité est la sanction par excellence des erreurs *in procedendo*, le pourvoi en cassation remédie avant tout à l'erreur *in judicando*.

camente esistente e pur non ancora capace di formare l'accertamento del diritto, perché soggetta al pericolo di perdere ogni sua efficacia di fronte a una nuova sentenza che venisse a sostituirla. »

¹² Calamandrei, I, N° 33; Balsiger, 15.

¹³ Devèze, 19.

¹⁴ Skedl, 1; Heusler, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in der Schw. Zpo.*, 105, 113; Chenon, p. 5, N° 2 : « La cassation inconaue en droit romain. »

¹⁵ Heusler, *op. cit.*, 105.

¹⁶ Calamandrei, I, N° 23, 24 et 25.

§ 2. LE DROIT GERMANIQUE.

Des principes totalement différents dirigent la procédure germanique ¹⁷. Chaque peuplade dont l'ensemble forme la nation germanique se gouverne elle-même dans une assemblée générale présidée par le roi et à laquelle incombe, entre autres, l'administration de la justice. Incarnation de la conscience du peuple germanique, l'assemblée générale est dépositaire du droit. Elle ne tranche pas les litiges selon des principes juridiques préétablis. Elle légifère en quelque sorte pour chaque cas concret.

Cette structure politique et cette conception des sources du droit dictent la procédure qui préside à l'élaboration du jugement. Les *Urteilsfinder* (ou *rachimburgen*, *scabini*, *Schöffen*, *Rechtsschöpfer*) suggèrent un projet de jugement dépourvu encore de validité juridique. L'assemblée l'entérine si elle l'estime conforme à l'esprit du peuple germanique. Il y a alors véritable jugement que proclame le président de l'assemblée, le *Richter* ¹⁸.

L'œuvre d'un tel tribunal ne se compare pas aux actes juridiques ordinaires. Emanation de la souveraineté, le jugement est irrévocable, son efficacité irrésistible. La procédure germanique ne tolère pas l'idée de jugement invalide. Elle ignore les voies de recours ¹⁹. Elle consacre le principe de la validité formelle absolue de l'acte juridictionnel.

Rien n'empêche, par contre, de critiquer le projet de jugement des *Urteilsfinder*. Chaque membre de l'assemblée a la faculté de s'opposer à la proposition des *Urteilsfinder*, à charge de formuler une autre suggestion plus conforme à la conscience populaire. Ce droit de critique, *Urteilschelte* ²⁰, n'est pas une véritable voie de recours. Il ne s'applique pas au jugement proprement dit.

Le contact du droit romain et le transfert en main du roi de la souveraineté détenue jusqu'alors par l'assemblée transforment l'*Urteilschelte* en une authentique voie de recours. On constate pour la première fois cette évolution ²¹ dans la loi des Wisigoths de 654 et dans les législations lom-

¹⁷ Matile, p. LVI de la partie générale, retrace l'histoire de l'ordre judiciaire des peuples germaniques.

¹⁸ Rosenberg, 13; Lent, § 98; Calamandrei, I, N° 38.

¹⁹ Calamandrei, I, N° 42.

²⁰ Calamandrei, I, N° 39 et 40.

²¹ Matile, p. LXXIV : « Ce n'est pas à une époque où les hommes libres constituaient ou représentaient la nation entière, soit une de ses parties aliquotes, qu'il faut placer ou rechercher l'origine des appels, mais bien au moment où la justice commença à être rendue au nom d'une personne quelconque qui dépendait d'un supérieur, au moment où les justices, de nationales qu'elles étaient, devinrent seigneuriales. Ainsi les appels chez les Romains, comme chez les peuples modernes, durent-ils leur origine à la révolution qui priva le peuple de ses institutions judiciaires et en investit des autorités temporaires ou permanentes, mais subordonnées. » Calamandrei, I, N° 47 et 49.

bardes²². L'*Urteilschelte* est alors un véritable recours dirigé contre un jugement complètement élaboré.

*

Les origines du recours en nullité (*querela nullitatis*) se situent à ce moment-là de l'évolution du régime des invalidités du jugement.

Le recours en nullité résulte de l'interférence, dans le temps et dans l'espace, des droits romain et germanique. La localisation de ses premières traces dans les droits lombard et wisigothique le confirme. C'est dans le domaine des Wisigoths et dans l'empire lombard précisément que le droit romain continua d'être appliqué grâce à l'impartialité des vainqueurs²³ et qu'il féconda le droit germanique.

Le recours en nullité, dont Skedl et Calamandrei ont établi avec certitude les origines et la zone de croissance, plonge ses racines dans un recours lombard à la nature juridique complexe, qui confond les notions romaines de nullité et d'iniquité²⁴.

La coexistence des droits romain et germanique provoqua la synthèse de principes contradictoires. Le droit lombard assimila la théorie romaine des nullités mais conserva, en l'adaptant, le principe de la validité formelle du jugement.

Peu à peu, le recours en nullité se dégage du recours lombard pour devenir indépendant. Skedl retrace minutieusement les phases de cette évolution. La jurisprudence italienne du XII^e siècle dissocie la nullité de l'ini-

²² Calamandrei, I, N° 48 : « ... si ha nelle fonti longobardiche la traccia evidente di un remedio volto ad ottenere la invalidazione di una sentenza ingiusta. » ... « nel diritto longobardico, ..., come anche nel diritto visigoto, si può trovare il primo germe della querela di nullità, che doveva svolgersi poi nel diritto statutario in quanto si ha cui, a differenza di quello che avveniva nel diritto romano, la necessità assoluta di sperimentare un reclamo contro qualsiasi vizio del giudicato. »

²³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, ch. 4 et 6.

²⁴ Skedl, 6.

Calamandrei, I, N° 53, p. 137 : « Il risorgere degli studi di diritto romano in Italia, ove il diritto longobardico aveva anche negli istituti giudiziari impresso l'orma germanica, pose a fronte due principii profondamente diversi; quello romano, secondo il quale non tutti i possibili vizi di una sentenza hanno la stessa gravità e gli stessi effetti, sibbene alcuni, gli « errores in procedendo », producono la nullità del giudicato senza bisogno di sperimentare contro di esso alcun mezzo di attacco; quello germanico secondo il quale tutti quanti i possibili vizi di una sentenza devono essere considerati senza distinzione incapaci di menomare per sé stessi la validità della sentenza, la quale può essere annientata soltanto per mezzo del reclamo fatto valere dalle parti. Messi tra loro a fronte, i due principii si fusero e si contemperarono nel diritto statutario, perdendo ciascuno e insieme conservando una parte del primitivo loro significato: restò del principio romano il concetto che non tutti i vizi della sentenza hanno gravità uguale, e che gli « errores in procedendo » hanno più profondi effetti sulla validità del giudicato, ma si perse il concetto che questi « errores in procedendo », più gravi degli altri, debbano senz'altro produrre la inesistenza giuridica del giudicato stesso; restò del principio germanico il concetto che anche i vizi più gravi della sentenza producono i loro effetti soltanto se le parti reclamano contro di essi, ma si perse il concetto che tutti quanti i vizi debbano considerarsi di uguale gravità e farsi valere con un'unica via di impugnativa. »

quité. Un document de Brescia de l'an 1193 l'atteste. Il distingue les jugements susceptibles d'appel (*delegati ad cognoscendam causam appellationis*) des jugements susceptibles de recours en nullité (*delegati ad cognoscendam causam nullitatis*). Le XIII^e siècle voit la consécration légale de la solution jurisprudentielle. L'évolution s'achève au siècle suivant. Le recours en nullité est alors complètement formé²⁵.

§ 3. LE DROIT COMMUN ITALIEN ET ALLEMAND²⁶.

Dans sa forme normale, le recours en nullité du droit commun italien et allemand présente trois caractéristiques.

Il a hérité du droit romain son domaine d'application : la nullité. L'appel fonctionne contre le jugement injuste, le recours en nullité contre le jugement nul²⁷.

Le droit germain l'a doté de ses effets. La nullité romaine est devenue une annulabilité. L'irrégularité irrémédiable est devenue un vice *sanabile*. Le délai de la *querela* est plus long que le délai d'appel, mais à son expiration, toutes les imperfections du jugement sont convertes. Le jugement non attaqué dans le délai jouit d'une validité absolue²⁸.

Ce régime nouveau de nullité exerce une influence sur les pouvoirs de l'autorité de recours. L'invalidation du jugement a effet constitutif en droit commun, de sorte que les pouvoirs du juge de la *querela* sont plus efficaces qu'en droit romain. Puisque toutes les nullités sont remédiables, que le jugement contient en lui-même un germe de validité complète, rien n'empêche d'accorder une faculté de réforme au juge du recours en nullité, lorsque après l'annulation un complément d'instruction n'est pas nécessaire pour rendre un nouveau jugement.

Le droit commun connaît d'autres formes de recours en nullité qui conservent des traces plus accusées soit du droit romain soit du droit germain, ou qui modifient sensiblement les notions de nullité et d'iniquité. Tel est le cas de la fameuse ordonnance impériale de 1654 (*der Jüngste Reichsabschied*)²⁹. Son paragraphe 121 sanctionne la nullité comme l'iniquité au

²⁵ Skedl, 109 : « Die Statutarrechte kennen ein vollkommen entwickelte Nichtigkeitsbeschwerde als ein selbständiges, zur Verhütung der Rechtskraft des Urteils, notwendiges Rechtsmittel mit devolutiv und suspensiv effekt und kurzer Interpositionsfrist, welches sich aus der auf dem Princip der Formelkraft des Urteils beruhenden langobardischen Appellation in Folge der durch das Römische Recht hervorgerufenen Trennung der Begriffe Nullität und Iniquität entwickelt hat. »

²⁶ Gaupp et Stein, *Kommentar*, p. XIX.

²⁷ Rosenberg, 16; Calamandrei, N° 73.

²⁸ Calamandrei, N° 55 et 56.

²⁹ Calamandrei, N° 77; Heusler, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in der Schw. Zpo.*, 114; Balsiger, 23.

moyen de l'appel, ouvert pendant un délai de dix jours. Son paragraphe 122 accorde le recours en nullité durant un délai de trente ans encore lorsque le jugement souffre de vices *insanabiles* résidant dans la personne du juge ou des parties ou causés par la violation d'une règle essentielle de la procédure. L'appel a absorbé la *querela nullitatis sanabilis*. La *querela nullitatis insanabilis* subsiste seule.

*

L'origine et le champ d'application du recours en nullité révèlent qu'il n'assume pas une fonction politique propre ³⁰ telle que la défense de la loi ou le maintien de l'unité de la jurisprudence. Il est basé sur une distinction de procédure, il réalise une idée inhérente à la procédure : la nullité, conçue de façons variables mais toujours parallèlement à l'iniquité, requiert une sanction propre.

Nous constaterons l'inverse dans les recours en cassation des législations que nous allons examiner maintenant : la distinction procédurale du mal-jugé et de la nullité quitte le premier plan et cède le pas à des considérations politiques.

³⁰ Calamandrei, I, 215, 217 et 220.

Chapitre II

LE POURVOI EN CASSATION DANS LES DROITS FRANÇAIS, ITALIEN ET ALLEMAND

§ 1. LE POURVOI EN CASSATION EN DROIT FRANÇAIS.

C'est au droit français que revient le mérite d'avoir créé cette institution qui a été reçue, par la suite, dans de nombreuses législations.

Résultat d'une évolution de cinq siècles, que rien n'autorise à considérer comme achevée, elle a vu se succéder l'Ancien régime, la Révolution et les Temps modernes.

*

L'origine du pourvoi a suscité des controverses³¹.

Le pourvoi et la requête civile plongeraient leurs racines dans la « proposition d'erreur » selon Crépon³², issue elle-même de la « supplication au Roi » des Etablissements de Saint-Louis³³. En effet, l'ordonnance de 1667 supprime la « proposition d'erreur » apparue à la fin du moyen âge³⁴, crée la requête civile et pose simultanément (art. 8, titre I) la base légale du pourvoi en cassation jusqu'à la Révolution : « Déclarons que tous arrêts et jugements qui seront donnés contre les dispositions de nos ordonnances, édits et déclarations, nuls et de nul effet et valeur. »

³¹ La *querela nullitatis* n'est pas à l'origine du pourvoi. Le droit féodal français connaissait le principe de la validité formelle du jugement. Il fut influencé par la théorie romaine des nullités et institua aussi un recours en nullité. Mais le délai d'appel de 30 ans rendait inutile ce recours qui disparut rapidement (Calamandrei, I, N° 99).

³² Crépon, I, N° 33 : « ... le recours, appelé plus tard et encore aujourd'hui le recours en cassation, était en réalité admis dans l'ancien droit, d'abord sous la forme de proposition d'erreur, ensuite, plus spécialement depuis l'ordonnance de 1667, sous la forme de requête en annulation des arrêts ou des jugements en dernier ressort. La juridiction devant laquelle ces requêtes devaient être portées était une section du Conseil du Roi, le Conseil des parties. »

³³ Crépon, I, N° 3.

³⁴ Cuche et Vincent, N° 458.

Glasson, Tissier et Morel combattent cette opinion avec M. Plassard³⁶. Le pourvoi, la requête civile et l'appel auraient une source commune dans la « supplication au Roi » des Etablissements de Saint-Louis, dont se dégagent au XV^e siècle les « lettres de grâce et de proposition d'erreur » (ancêtres de la requête civile), et la pratique des évocations au Conseil du Roi qui serait le germe de la cassation. L'évocation a lieu tout d'abord dans des circonstances spéciales : le roi intervient dans l'administration de la justice pour suspendre un procès dont l'une des parties est absente, à son service, ou lorsque deux parlements ont rendu, dans la même affaire et entre les mêmes parties, des décisions contradictoires. Cette pratique se généralise au XVI^e siècle. Elle devient la sanction des contraventions aux ordonnances royales. La cassation est mentionnée pour la première fois dans l'ordonnance de Blois de 1579, dans l'édit de Rouen de 1597 ensuite et dans la grande ordonnance de 1667 enfin.

Calamandrei réfute ces thèses³⁶. Le pourvoi en cassation n'a pas succédé à une voie de recours antérieure. Il a une origine autonome³⁷, directe dans le pouvoir royal qui était, selon Montesquieu³⁸, « la source d'où tous les fleuves portaient et la mer où ils revenaient ».

La pratique de la cassation s'est formée à l'occasion des luttes³⁹ et de la rivalité qui opposèrent le roi et son Conseil d'une part, les parlements de l'autre. Le Parlement de Paris et les Parlements de province créés ensuite sur son modèle n'ont pas voulu limiter leur activité au domaine proprement juridictionnel. Ils ont tenté de se soustraire au pouvoir royal et de le soumettre à leur propre autorité. En vertu de sa plénitude de pouvoir⁴⁰, le roi cassa alors les arrêts qui ne respectaient pas sa volonté et attentaient à son autorité⁴¹.

Telle est l'origine de la cassation. On en trouve la pratique au XV^e siècle⁴², la consécration légale au XVI^e (ordonnance de Blois de 1579, édit de Rouen de 1597) et la généralisation au XVII^e (grande ordonnance de 1667).

³⁶ Glasson, Tissier et Morel, III, 448; Plassard, 37, 38, 41, 42 et 44.

³⁶ Calamandrei, I, N^{os} 100 à 107.

³⁷ Marty, th., 43 : « Le droit de casser les arrêts souverains apparaît comme une prérogative personnelle du roi complément de son pouvoir législatif... la cassation a donc le caractère d'un droit régalien, complément du droit de légiférer, et non celui d'un recours d'ordre privé dans l'intérêt des particuliers. C'est en un mot, une institution d'ordre à peu près exclusivement politique. »

³⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXVIII, ch. 27.

³⁹ Bourguignon, p. 40, ch. IV.

Michel Antoine, *Revue historique de droit français et étranger*, 36, 1958, p. 7 : « Si l'on réfléchit que, tout en persécutant le Conseil avec tant d'acharnement, le parlement, en même temps, s'insurgeait contre la prorogation du vingtième, s'enflammait à la publication des actes de l'assemblée du clergé de 1765, continuait à taquiner son sujet de prédilection, c'est-à-dire les Jésuites, et ne négligeait pas de s'attendrir sur le sort de M. de la Chalotais et de ses collègues, on se demande comment cette cour avait encore le temps de rendre la justice. »

⁴⁰ Mémoire de G. de Voisins, *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, p. 21 : « La cassation est plutôt une voie légitime de plénitude de puissance. »

⁴¹ Calamandrei, I, N^{os} 108, 109 et 110.

⁴² Garsonnet et Cézard-Bru, VI, 599; Chenon, 24, 34.

Les divergences qui séparent ces thèses ne sont pas aussi irréductibles qu'elles le semblent à première vue. Des points communs apparaissent si on prend le soin de différencier l'origine formelle, technique, et l'origine fonctionnelle, fondamentale, du pourvoi.

Les auteurs cités relèvent tous la fonction politique originelle du pourvoi en cassation. Crépon écrit que le rôle premier du recours en cassation était « de réprimer les entreprises des parlements » et qu'« en définitive le droit de revision conféré au Conseil du Roi au regard de toutes les juridictions, faisait, avant tout, du Grand Conseil un instrument politique à l'aide duquel la royauté étendait le rayonnement de son pouvoir... »⁴³. Selon M. Plassard aussi, la cassation « ... conserve un caractère plus politique que juridictionnel. Elle appartient plus au droit public qu'au droit privé. Elle reste avant tout une arme du pouvoir royal »⁴⁴. Le droit d'évocation n'était autre chose qu'un attribut inaliénable de la souveraineté, « la conséquence de cette idée fondamentale : que le roi ne serait pas le roi, s'il avait dans son empire une puissance au-dessus de la sienne, que dans la personne du roi résidait la plénitude de juridiction, et que les magistrats ne tenaient que de lui le pouvoir de rendre la justice à ses sujets »⁴⁵.

Les divergences doctrinales se réduisent à une question de forme qui exprime probablement une réalité complexe. Le pourvoi en cassation a une origine autonome certaine, mais il se peut que les recours ordinaires aient assumé parfois sa fonction politique spécifique. Les voies de recours sont la réalisation d'une idée propre et distincte mais elles se chevauchent souvent et lont double emploi. Ce phénomène se sera produit d'autant plus facilement que le recours au Conseil du roi était déjà subsidiaire et qu'une grande confusion⁴⁶ régnait entre les diverses voies de recours.

*

Arme du pouvoir royal, née de l'une de ses prérogatives, la cassation ne fut pas conçue immédiatement comme une véritable voie de recours à la disposition des parties pour provoquer l'intervention du roi ou de son Conseil. Au contraire elle fut d'abord un droit exclusif du souverain⁴⁷. C'est pourquoi elle ne peut être considérée comme issue d'une voie de recours antérieure : elle ne s'analysait pas, à l'origine, en une voie de recours. Les premières cassations n'ont pas lieu sur requête des plaideurs, mais du propre mouvement du roi. Par la suite seulement, l'accroissement des affaires⁴⁸ rendit nécessaire la collaboration des sujets à la cause de la

⁴³ Crépon, I, N^{os} 4 et 7.

⁴⁴ Plassard, 44.

⁴⁵ Crépon, I, N^o 28, p. 13.

⁴⁶ Roland, 16 et 20; Chenon, préface, p. IX.

⁴⁷ Calamandrei, I, N^{os} 114 et 115.

⁴⁸ C'est en raison de l'augmentation du nombre des affaires que fut créé en 1578 le Conseil des parties, section spécialisée du Conseil du Roi, chargé de statuer sur les demandes de cassation.

monarchie. Ils intervinrent d'abord comme dénonciateurs, en signalant au roi, dans son intérêt et dans le leur, les contraventions aux ordonnances royales. Peu à peu, un véritable droit à obtenir la cassation leur fut reconnu.

La *querela nullitatis* a favorisé la transformation du pouvoir politique de cassation en un moyen de procédure ⁴⁹. On ne peut situer qu'approximativement ce changement dans la structure de la cassation. A la fin du XV^e siècle, la cassation a lieu du propre mouvement du roi selon M. Bonnacase ⁵⁰. Le recours direct des parties est très encouragé au début du XVI^e siècle et se développe dans la seconde moitié du XVI^e siècle selon MM. Calamandrei et Marty ⁵¹.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi est aujourd'hui le complément du pourvoi ordinaire. On le croirait issu du pourvoi ordinaire si l'histoire ne révélait un processus exactement inverse de développement ⁵².

Une importante et première réglementation d'ensemble du recours au Conseil du Roi voit le jour en 1738. Cette œuvre du chancelier d'Aguesseau et de ses fils est, encore aujourd'hui, partiellement en vigueur.

Le mémoire de Gilbert de Voisins, publié pour la première fois en 1958 ⁵³, et commandé par Louis XV à un moment particulièrement aigu de la crise qui l'opposait avec son Conseil au Parlement de Paris, brosse en quelques pages d'une concision et d'une clarté remarquables le dernier état de la cassation dans l'ancien régime. Rédigé en 1767, il s'intitule *Vues sur les cassations d'arrêts et de jugements en dernier ressort*.

La cassation du propre mouvement du roi, toujours légitime mais exceptionnelle, a fait place à un moyen de procédure très développé techniquement.

Le recours au Conseil des parties permet au roi d'exercer un contrôle sur la justice administrée en son nom ⁵⁴.

Le recours au Conseil des parties est ouvert, « si dans la manière de procéder aux arrêts et dans leur formation il s'est trouvé quelque irrégularité vicieuse », en cas d'excès de pouvoir, de contravention aux ordonnances et si « un arrêt, par la notoriété sensible du fait, par des circonstances bien avérées, se trouvait tellement suspect et décrié, qu'il parût ne pas mériter de conserver le caractère d'arrêt ou tellement porter à faux, que pour y remédier, il fût besoin de l'interposition de la puissance souveraine ». Gilbert de Voisins prend soin de distinguer ce cas de l'injustice évidente qui ne donne pas lieu à cassation ⁵⁵.

Le Conseil des parties est juridiction de droit commun quant aux tribunaux qu'il contrôle.

⁴⁹ Calamandrei, I, N^{os} 122 à 125.

⁵⁰ Bonnacase, 37.

⁵¹ Marty, th., N^o 24; Calamandrei, I, N^o 118.

⁵² Calamandrei, I, N^o 119; Bonnacase, th., 37.

⁵³ *Revue historique de droit français et étranger*, 36, 1958, 20 à 33.

⁵⁴ *Ibid.*, 20 à 22.

⁵⁵ *Ibid.*, 22 à 24.

Les arrêts du Conseil des parties eux-mêmes sont susceptibles d'un recours devant la personne du roi ⁵⁶. C'est la conséquence rigoureusement logique de l'idée de la justice rendue au nom du roi.

Le recours au Conseil est subsidiaire et non dévolutif. Ses conditions de recevabilité et de bien-fondé sont rigoureuses. Le Conseil des parties ne discute pas le fond du procès, mais doit en principe renvoyer la cause après cassation, « car le caractère propre du Conseil du Roi est de tenir les tribunaux en règle et non pas de prendre leur place, et l'affaire rétablie en son entier, il faut autant qu'il est possible que le jugement en soit remis à un tribunal dont l'institution y convienne davantage » ⁵⁷.

Le tribunal de renvoi peut rendre une décision semblable au jugement cassé si des faits nouveaux le justifient. La nouvelle décision est aussi susceptible d'un recours au Conseil.

*

Dans l'ancien droit, la cassation n'a pas l'importance dont elle jouit aujourd'hui et qu'elle acquiert après la Révolution seulement. Le Conseil des parties n'assume pas la fonction essentielle du pourvoi moderne : l'uniformité de la jurisprudence. Le droit n'est pas unifié ⁵⁸. On ne songe pas à l'unité de la jurisprudence. Même dans le cadre des coutumes locales et de la législation royale, une égale application du droit s'avère impossible car les juges ne motivent pas leurs décisions ⁵⁹. L'ancien régime n'a pas éprouvé le besoin d'unité ⁶⁰.

Mais il faut se garder de croire que la Révolution a formé à elle seule la silhouette moderne du pourvoi. La loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 portant institution d'un Tribunal de cassation n'innove guère. Le Tribunal de cassation succède simplement au Conseil des parties. La procédure du recours au Conseil devient la procédure du recours au Tribunal de cassation ⁶¹.

On note pourtant quelques changements importants. Le Tribunal de cassation ne jouit pas du droit d'évocation du Conseil des parties ⁶². Les arrêts de règlement lui sont interdits. Il n'est pas partie intégrante du pouvoir judiciaire, mais doit pourtant motiver ses décisions. Les révolutionnaires bannissent l'idée de la jurisprudence. Des lois sans lacune suffiront aux

⁵⁶ *Ibid.*, 24 à 26.

⁵⁷ *Ibid.*, 31.

⁵⁸ Rousselet, *Histoire de la justice*, Paris 1948, 52, 53.

⁵⁹ Glasson, Tissier et Morel, I, 253; Morel, 102, N° 97; Marty, th., 55; Calamandrei, I, N° 137.

⁶⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, ch. 18 : « des idées d'uniformité ».

⁶¹ Calamandrei, I, N° 139. Art. 28 L. des 27 nov. et 1^{er} déc. 1790.

⁶² Art. 27 L. des 27 nov. et 1^{er} déc. 1790 : « Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après. »

besoins pratiques. Des « tribunaux-automates » les appliqueront ⁶³. Le Tribunal de cassation, loin de veiller à l'élaboration jurisprudentielle du droit, protège le pouvoir législatif contre les entreprises du pouvoir judiciaire. Le souvenir des parlements de l'ancien régime n'est pas effacé. La Révolution est pénétrée de crainte à leur égard ⁶⁴, et à l'égard de leurs successeurs.

*

La Cour de cassation acquiert sa physionomie moderne peu de temps après la Révolution, durant le début du XIX^e siècle. Le besoin d'une cour uniformisatrice se fait rapidement sentir. Bourguignon écrit en 1807, à propos de la diversité de la jurisprudence : « Pour prévenir cet inconvénient grave, il fallait établir une cour suprême, uniquement chargée d'imprimer une direction uniforme à tous les tribunaux de l'empire, de proscrire les fausses doctrines, de veiller sans cesse à la religieuse observation des formes, et à l'exacte application de la loi. Il fallait que cette cour fut indépendante, fortement constituée, et composée de magistrats de premier mérite, afin que ses arrêts fussent reçus dans toutes les cours comme des oracles... » ⁶⁵. 1837 est un aboutissement. La Cour de cassation est installée à sa véritable place de Cour suprême. La loi du 1^{er} avril 1837 oblige les tribunaux de second renvoi à se conformer aux considérants juridiques des arrêts de cassation.

La comparaison du Tribunal de cassation révolutionnaire et de la Cour suprême témoigne du chemin parcouru.

À la fin du XVIII^e siècle, le Tribunal de cassation n'est pas une autorité judiciaire, malgré son nom. Il n'assure pas l'uniformité de la jurisprudence, mais défend le pouvoir législatif. La loi dont il sanctionne la violation est conçue très restrictivement ⁶⁶. Il intervient seulement lorsqu'un tribunal s'oppose en quelque sorte au législateur. Le Tribunal de cassation joue un rôle purement négatif. Il n'émet aucune opinion juridique à l'adresse du juge de renvoi. Les premiers arrêts de cassation ne contenaient, à titre de motivation, que l'indication de la disposition violée ⁶⁷.

En 1837, la Cour de cassation fait partie du pouvoir judiciaire. Elle assure l'unité de la jurisprudence. Cette nouvelle fonction entraîne un

⁶³ Marty, th., 61; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N^{os} 41 et 45.

⁶⁴ Cette crainte s'est manifestée de diverses manières :

Le terme « cour » a disparu des lois. Les tribunaux d'appel et le Tribunal de cassation deviendront des « Cours » en 1802 seulement. (Senatus-consulte du 28 floréal an XII.)

Le système de l'appel au tribunal supérieur a été éliminé par le système de l'appel circulaire : les tribunaux de même degré sont juges d'appel les uns des autres.

Le Tribunal de cassation lui-même n'a pas été placé au sommet du pouvoir judiciaire, mais « auprès du corps législatif » (art. 1^{er} de la L. des 27 nov. et 1^{er} déc. 1790).

⁶⁵ Bourguignon, 183, 187.

⁶⁶ Marty, th., 65; Calamandrei, I, 465.

⁶⁷ Calamandrei, I, N^o 163.

élargissement de la conception de la violation de la loi donnant ouverture à cassation. Sans disposer d'un pouvoir de réforme, la Cour suprême exerce un contrôle positif dans la solution des litiges.

*

Les caractères fondamentaux de la Cour suprême révèlent les aspects essentiels du pourvoi moderne. La Cour de cassation est une juridiction, de droit commun, subsidiaire et spéciale.

La Cour de cassation est une juridiction. Le pourvoi n'est recevable que si les conditions générales de recevabilité des actions et des voies de recours sont réalisées. Il ouvre une instance et s'instruit selon une procédure qui a des caractères propres sans doute, mais qui doit respecter les principes fondamentaux du droit judiciaire privé.

La Cour de cassation est juge de droit commun. Le pourvoi est, en principe, recevable contre les décisions de toutes les juridictions et sans considération de valeur litigieuse. La Cour de cassation occupe le sommet de la pyramide judiciaire afin d'en contrôler tous les éléments.

La Cour de cassation est une juridiction subsidiaire. Elle ne fonctionne que contre les décisions en dernier ressort et lorsque tous autres moyens sont épuisés.

La Cour de cassation est une juridiction spéciale. Son pouvoir d'examen est limité aux questions de droit, son pouvoir de décision s'épuise par la seule annulation du jugement attaqué. Le pourvoi est une voie extraordinaire. Il ne peut se fonder que sur les moyens légaux, les ouvertures à cassation.

*

Le pourvoi en cassation et le recours en nullité sont deux voies fondamentalement distinctes mais qui se sont réciproquement influencées.

Le pourvoi pour erreur *in procedendo* s'apparente au recours en nullité. Aux dires de Calamandrei, ce serait même une véritable *querela nullitatis*⁶⁸.

Inversement, le contact du pourvoi en cassation français a complètement transformé les caractères des recours en nullité des droits allemand et italien.

⁶⁸ Calamandrei, II, N° 102.

§ 2. LE RECOURS EN CASSATION EN DROIT ITALIEN ⁶⁹.

Le pourvoi italien n'a pas une origine autochtone. Le droit italien d'avant la Révolution française connaissait la *querela nullitatis* et le principe du triple degré de juridiction. Le tribunal de troisième instance jugeait du fait comme du droit. Le recours à la troisième instance était dévolutif et ne se compare pas au recours au Conseil des parties de l'ancien régime français ⁷⁰.

*

Le pourvoi français a servi de modèle au droit italien ⁷¹. La réception de la cassation française, amorcée dès la Révolution et la période napoléonienne, ne se fait pourtant pas d'un coup. Elle se poursuit durant tout le XIX^e siècle pour ne s'achever qu'en 1923, date de l'unification des Cours de cassation. Les Cours régionales de Turin, Naples, Florence et Palerme sont supprimées. La Cour de Rome qui a conquis l'hégémonie petit à petit subsiste seule.

On assiste à une adaptation plutôt qu'à une réception du pourvoi français. Le système de la *querela nullitatis*, le principe du triple degré de juridiction, ont influencé la formation du pourvoi italien ⁷². Bien plus, le droit italien a perfectionné à de nombreux égards le recours en cassation français. La jurisprudence italienne, la première, a admis que la violation du droit étranger constitue un motif de cassation. La législation a introduit le pourvoi par voie de jonction; elle a assoupli la technique des délais de recours et l'effet non suspensif du pourvoi; elle a renforcé l'autorité de l'arrêt de cassation. La doctrine, enfin, a publié des travaux fondamentaux sur la théorie du pourvoi.

Calamandrei ⁷³ écrit aux environs de 1920 que le pourvoi italien se distingue du pourvoi français par la pluralité des Cours et l'absence de chambre des requêtes. Ces différences n'existent plus aujourd'hui. Le droit italien s'est aligné sur le droit français en centralisant son organisation judiciaire en 1923, et le droit français, sur le droit italien, en supprimant en 1947 la chambre des requêtes.

*

⁶⁹ CPCIt. art. 360 à 394; Redenti, II, 438 ss; De Maio, N° 204.

⁷⁰ Célice, *La Cour de cassation en Italie*, 5 ss; Calamandrei, I, N° 247.

⁷¹ Lewald, 288; Marty, *Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal suprême*, 739; Calamandrei, I, 5; Chiovenda, 866; Lessona, *La réforme judiciaire en Italie*, 350, 354: « la cassation est une institution purement française, ... une création du génie judiciaire français ».

⁷² Chiovenda, 866; Célice, *La Cour de cassation en Italie*, 9.

⁷³ Calamandrei, I, N° 273.

La Cour de cassation italienne, gardienne de l'uniformité de la jurisprudence ⁷⁴ et organe judiciaire suprême, est conçue comme une juridiction ⁷⁵.

Le Code de procédure italien de 1865 dérogeait au caractère de juridiction de droit commun de la Cour de cassation en refusant le pourvoi contre les jugements en premier et dernier ressort. Le nouveau code a corrigé cette inconséquence. Il accorde le pourvoi contre toutes les décisions de dernier ressort, par principe ⁷⁶.

La Cour de cassation italienne est aussi une juridiction subsidiaire. Le recours *per saltum* apporte un tempérament à ce caractère. Le jugement de première instance peut être déféré directement à la Cour de cassation si les parties sont d'accord de « sauter » l'instance d'appel ⁷⁷.

La Cour de cassation italienne, enfin, est une juridiction spéciale. Son pouvoir d'examen est limité aux questions de droit; le pourvoi sanctionne les erreurs *in iudicando* et un certain nombre d'erreurs *in procedendo*. Son pouvoir de décision s'épuise dans la cassation, lorsque le recours est fondé, mais le renvoi, conçu avec plus de souplesse qu'en droit français, comporte des exceptions.

Le droit italien connaît le pourvoi dans l'intérêt de la loi. Il est en tous points semblable à celui du droit français ⁷⁸.

*

Réception, mais adaptation et amélioration, tels sont les caractères du droit italien de la cassation.

§ 3. LA « REVISION » DU DROIT ALLEMAND ⁷⁹.

Les Etats allemands des XVIII^e et XIX^e siècles connaissent le recours en nullité (*querela*) et le principe du triple degré de juridiction, comme les Etats italiens ⁸⁰. Ils n'aspirent pas à l'uniformité de la jurisprudence. Une cour conçue à cet effet n'existe pas ⁸¹. Ici aussi, la Révolution française en suscitera l'idée.

*

⁷⁴ De Maio, N^o 33 et 204.

⁷⁵ Calamandrei, I, N^o 273.

⁷⁶ De Maio, N^o 205; Redenti, II, 439.

⁷⁷ CPCIt. art. 360 al. 2.

⁷⁸ CPCIt. art. 363.

⁷⁹ CPGAL. art. 545 à 566; Rosenberg, § 140; Schönke, 87 ss.

⁸⁰ Piassard, 231.

⁸¹ Schwinge, §§ 2, 12 I.

Le droit français reste en vigueur dans les provinces qui passent à la Prusse en 1815. L'institution révolutionnaire capte l'attention des juristes allemands. Elle est partiellement adoptée dans l'ordonnance prussienne du 14 décembre 1833 (*Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde*)⁸².

Les auteurs de cette ordonnance avaient le choix entre deux systèmes de recours : celui de la loi d'organisation judiciaire des Etats prussiens du 6 juillet 1793 (*allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*), et celui du droit français. Les uns proposent d'adopter purement et simplement le système français; d'autres s'y opposent. Un compromis s'ensuit. Deux voies de recours sont admises. La *Revision* a pour objet les questions de fait comme les questions de droit. La *Nichtigkeitsbeschwerde* synthétise le pourvoi français et la *querela* du droit commun.

L'ordonnance prussienne de 1833 sert de modèle à plusieurs législations allemandes. Sa *Nichtigkeitsbeschwerde* passe sous le nom de *Revision* dans le code de procédure actuel, adopté le 30 janvier 1877 sur la base de la constitution de 1871 qui réalise l'unité allemande et accorde à l'Empire le droit de légiférer en matière de procédure civile. Il entre en vigueur le 1^{er} octobre 1879.

Précisons que la *Revision* des §§ 545 ss CPCAL. ne dérive pas du recours qui porte le même nom dans l'ordonnance prussienne, mais au contraire de la *Nichtigkeitsbeschwerde* de cette ordonnance.

La *Revision* actuelle procède donc de la *querela* du droit commun, du pourvoi en cassation français et de la *Nichtigkeitsbeschwerde* de l'ordonnance prussienne, elle-même synthèse du droit commun et du droit français.

*

La doctrine allemande a nié la parenté de la *Revision* et du pourvoi français. L'étude des travaux préparatoires révèle pourtant une influence française manifeste, malgré une opposition « nationaliste »^{83, 84}.

Schönke observe en droit positif quatre différences entre la cassation et la *Revision*⁸⁵. La Cour de Paris est liée par les moyens invoqués par

⁸² Schwinge, § 12 : « Ein Rechtsmittel, das im Dienst den Gedanken der Rechtseinheit steht und demzufolge auf die Nachprüfung der Rechtsfrage beschränkt ist, gibt es im deutschen Recht erst seit der preussischen Verordnung vom 14. XII. 1833. »

⁸³ Schwinge, 41 : « Ohne Zweifel sind dabei nationale Gesichtspunkte von Einfluss gewesen. Viele lehnten offensichtlich die Kassation nur aus dem Grund ab, weil sie französischen Ursprung war. »

⁸⁴ Calamandrei, I, N° 222, p. 646. Schwinge, § 12 III : « Beide Rechtsmittel beruhen auf dem gleichen Grundgedanken, beide sind Organe der Rechtsprechung, die vorhandenen Unterschiede im Verfahren sind positivrechtliche Besonderheiten, denen keinerlei sachliche Notwendigkeit innewohnt und in der Handhabung hat sich in den letzten Jahrzehnten eine weitgehende Angleichung vollzogen... »

⁸⁵ Schönke, § 87 I 3.

le recourant contrairement à la Cour de Karlsruhe (en cas d'erreur de droit). Le pourvoi est dépourvu des effets suspensif et réformatoire de la *Revision*. En cas de renvoi, l'arrêt allemand déploie une autorité, non seulement de fait mais de droit, sur le juge inférieur.

Ces différences incontestables n'affectent pas la parenté de nature des deux recours. La première est invoquée mal à propos : le droit allemand sur ce point, est plus conforme que le droit français à la théorie du pourvoi en cassation ! Les effets suspensif et non suspensif ne participent pas de l'essence de voies de recours. Lorsque le pourvoi français est suspensif en vertu de la loi, il reste identique à lui-même. Le recours en cassation espagnol reste d'inspiration française, malgré son effet suspensif⁸⁶. Le pouvoir de réforme du *Bundesgerichtshof* ne s'analyse pas, il est vrai, en une simple extension de la cassation sans renvoi. Il procède de la *querela nullitatis*. La règle française selon laquelle l'arrêt de cassation ne lie pas le juge de renvoi a un fondement historique. Le législateur a voulu créer une cour supérieure sans réintroduire les parlements de l'ancien régime. Elle a d'ailleurs été abolie en 1837 en cas de second renvoi. L'arrêt de cassation italien lie le juge de renvoi. La Cour de Rome a même l'obligation d'énoncer le principe juridique auquel le juge de renvoi devra se conformer⁸⁷. Un jour, peut-être, en sera-t-il de même en droit français.

M. Rosenberg prétend discerner des différences plus importantes encore entre le pourvoi et la *Revision*⁸⁸. Son argumentation n'est pas convaincante. Le pourvoi en cassation est un véritable recours à la disposition des parties. Il est soumis à la condition générale de l'intérêt. Ses frais sont supportés par le perdant devant la juridiction de recours. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne concerne pas les parties : le jugement cassé vaut transaction entre elles. La Cour de cassation est une véritable juridiction.

*

La *Revision* allemande, comme le pourvoi italien, est d'origine française. Elle conserve pourtant la marque très nette de la *querela nullitatis* et du principe du triple degré de juridiction. Cela ressort des caractères fondamentaux de la juridiction de *Revision*, qui a pour fonction principale de garantir l'uniformité de la jurisprudence⁸⁹.

⁸⁶ Herzog, N° 244, p. 390, note 1.

⁸⁷ CPClt. art. 384.

⁸⁸ Rosenberg, § 132 II 2 : « Die Revision ist aber trotzdem in Berücksichtigung der Parteinteresses ein echtes Rechtsmittel, das von einer Partei ergriffen werden muss, nur im Falle einer Beschwerde zulässig ist und auf Kosten der unterliegenden Partei geht, nicht wie die französische cassation ein staatliches Mittel einheitlicher Gesetzesauslegung, das auch dem ministère public dans l'intérêt de la loi zusteht, selbst wenn sich beide Parteien bei dem Urteil beruhigen wollten; das Revisionsgericht ist ein echtes Rechtspflegeorgan wie die anderen Gerichte, nicht wie die Cour de cassation ein Organ der Justizaufsicht, das nur aufheben, nicht selbst entscheiden darf. »

⁸⁹ Nikisch, § 125 I 1; Rosenberg, § 132 II 2; Lent, § 74, p. 198.

La Cour de *Revision* est une juridiction. Contrairement au droit français, elle l'a toujours été.

Son caractère de juridiction de droit commun a nettement été influencé par le principe de la triple instance. La *Revision* est accordée à partir d'une certaine valeur litigieuse, exactement comme l'appel. Elle est aussi recevable sans considération de l'importance économique de l'affaire, lorsque la Cour d'appel qui a rendu le jugement en décide ainsi, ce qu'elle peut faire si la décision tranche une question de principe, ce qu'elle doit faire si elle déroge à la jurisprudence de la Cour suprême ⁹⁰.

Le caractère de juridiction subsidiaire est tempéré par le système de la *Sprungrevision* qui permet, comme le recours *per saltum* du droit italien, de passer directement de la première instance à la procédure de *Revision* ⁹¹.

Le caractère de juridiction spéciale porte la trace de la *querela nullitatis*. La *Revision* pour erreurs *in iudicando* est d'inspiration française. La *Revision* pour erreurs *in procedendo* est une survivance de la *querela nullitatis*. Elle a, avec la *Nichtigkeitsklage*, héritière directe de la *querela*, plusieurs ouvertures communes ⁹². La *Revision* a un effet tantôt réformatoire, tantôt cassatoire, comme la *querela nullitatis* ⁹³.

⁹⁰ CPCAL art. 546.

⁹¹ CPCAL art. 566 a.

⁹² CPCAL art. 551, ch. 1, 2, 3, 5; CPCAL art. 579, ch. 1, 2, 3, 4; Schwinge, § 12 II.

⁹³ CPCAL art. 565 al. 3.

Chapitre III

LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU RECOURS EN CASSATION DE LA PROCÉDURE CIVILE NEUCHÂTELOISE

§ 1. LA PROCÉDURE COUTUMIÈRE ET LES LOIS D'ORGANISATION JUDICIAIRE ÉDICTÉES SOUS SON EMPIRE.

Neuchâtel est un pays de droit coutumier⁹⁴. Jusqu'en 1878, les tribunaux neuchâtelois ont appliqué une procédure coutumière dont on a vanté la continuité⁹⁵ et qui a sa source dans les points de coutume des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles, la législation ultérieure, la jurisprudence et plusieurs travaux importants⁹⁶.

*

Durant l'ancien régime, la justice est administrée dans la principauté par les juges inférieurs, les justices impériales (jugeant sur le sang), les justices matrimoniales, les juges consistoriaux, les deux Tribunaux des Trois-Etats et, au sommet de la pyramide judiciaire, le Conseil d'Etat⁹⁷.

Les décisions des juges inférieurs sont sujettes à appel⁹⁸, à l'exception des causes de peu d'importance. Les arrêts des deux Tribunaux des Trois-Etats sont souverains. La procédure ne connaît pas d'autres voies de recours. « La sentence doit-elle être exécutée ? Oui, sans doute, s'il n'y a point appel. — Mais si elle est mal rendue, contre la coutume ou contre la loi ? Également faut-il l'exécuter car les parties ne doivent pas juger les juges.

⁹⁴ Boyve, *Projet de système sur les us et coutumes de la principauté de Neuchâtel et Valangin*, 1 : « On ne suit point dans cet Etat le droit romain, ni les lois de l'empire, ni les anciennes lois qui y ont été faites par les premiers rois des Bourguignons auxquels ce pays a été soumis, on n'y suit qu'une coutume écrite et non écrite, à laquelle on a ajouté quelques lois qui ont été faites par les audiences générales, qui portent le nom de décrétales et qui ont été suivies de quelques lois publiées sous la domination de M^{me} la duchesse de Nemours et qu'on appelle Nouveau Règlement de 1700... »

⁹⁵ BGC XXXV 164.

⁹⁶ BGC XXXVI 142.

⁹⁷ Osterwald, L. III, partie III : « Des personnes qui constituent les tribunaux. » Schurter et Fritzsche, II, 216 à 219.

⁹⁸ Osterwald, L. III, partie IV, T. XIX.

On ne s'informe pas s'il a été bien ou mal jugé, mais simplement s'il a été jugé »⁹⁹. Pourtant, les plaideurs disposent d'un recours au Conseil d'Etat, fondé sur l'organisation politique et non sur la procédure civile. Ce recours est, par l'intermédiaire du Juge d'ordre, l'ancêtre du pourvoi en cassation¹⁰⁰. Aucun texte ne fonde, à notre connaissance, le pouvoir de cassation du Conseil d'Etat. Il est impliqué dans la puissance politique de ce corps¹⁰¹. La pratique l'atteste¹⁰².

*

La Révolution n'abroge pas la procédure coutumière, adaptée facilement au nouveau régime par quelques changements¹⁰³. Elle modifie par

⁹⁹ Boyve, *Examen d'un candidat...* 131.

¹⁰⁰ BGC VI 353.

¹⁰¹ Schurter et Fritzsche, II, 217; Roulet, L.-E., *L'établissement de la mairie de La Chaux-de-Fonds en 1656*, p. 118. Piaget, II, 147: « Le prince, représentant de Dieu sur terre, clef de voûte de tout l'édifice; le gouverneur et les vingt et un conseillers d'Etat, représentant du prince, réunissant dans leurs mains plus ou moins tous les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire... »

¹⁰² Manuel du Conseil d'Etat, séance du 26 mai 1841, affaire Guye, demande de révocation d'un jugement de la Cour de justice du Val-de-Travers. Manuel du Conseil d'Etat pour la période janvier 1830 - juin 1841, p. 1078, annulation d'un jugement rendu irrégulièrement. Manuel du Conseil d'Etat, séances des 17 et 22 novembre 1769, affaire Ch.-Fr. Prince et Justice du Locle: « ...que le juge voulant décider de la chose sommairement, fit retirer pour le jugement les parties et que cinq juges désièrent à leur jusçu pour raison de parentage avec des créanciers, tandis que six autres dont la majeure partie se trouve également parent des parties plaidantes, moins scrupuleux que les autres avaient pris connaissance de la cause et l'avaient (le recourant) condamné à ... ce qui l'engage à supplier le Conseil, ou de mettre à néant ce jugement comme rendu par des proches parens des intéressés, en ordonnant que la cause soit décidée par des juges neutres, ... ou que la cause soit déclarée apellable et qu'il soit receu en apel. Surquoy après avoir délibéré, il a été dit qu'on renvoie la requette du Suppliant au Sieur Sandoz Maire du Locle pour qu'il examine avec la plus sérieuse attention tous les faits qui y ont donné lieu et qu'il fasse ensuite son rapport au Conseil qui en ordonnera plus outre ce qu'il conviendra ... après avoir entendu le rapport du Sieur Sandoz Maire du Locle et délibéré il a été dit que le Conseil met au néant le jugement rendu par la justice du Locle le dix du courant qui condamne le dit Ch.-Fr. Prince à ..., comme ayant été rendu par des juges parens des parties ... et en conséquence en ordonne au Sieur Sandoz Maire du Locle de fixer un jour au Suppliant auquel il fera assembler une justice composée d'un renfort suffisant de juges neutres, afin qu'il puisse y établir de nouveau son Droit selon la forme, et en la règle usitée, à l'observation de laquelle le dit Sieur Sandoz donnera toute son attention. ... Le Conseil n'a pu voir qu'avec beaucoup de surprise et de mécontentement que la justice du Locle se soit laissée aller à prononcer un jugement le dix du courant contre Ch.-Fr. Prince, sans faire donner place aux parens des parties intéressés, qui ne doivent jamais suivant la coutume et les lois prendre connaissance et sister un jugement lorsqu'il s'agit d'une affaire ou d'un procès qui intéressent leurs parens, devant plutôt dans de pareils cas refuser eux-mêmes d'en prendre connaissance. En conséquence il charge le Sieur Sandoz, Maire du Locle, de manifester à sa justice l'impression que le Conseil n'a pu que ressentir d'une pareille irrégularité de leur part, en l'exhortant très fortement de donner toute son attention à ce que pareille chose n'arrive plus dans la suite, faute de quoi le Conseil sur de nouvelles plaintes qui lui seront portées à cet égard se verrait obligé d'y pourvoir convenablement. »

¹⁰³ L'organisation judiciaire est beaucoup plus tributaire de l'organisation politique que la procédure *stricto sensu* (Bordeaux, 89; Morel, N° 11 et 423). Les modifications apportées à la procédure coutumière font l'objet du titre VI de la loi du 31 juillet 1848 (AROLCN I 276).

contre immédiatement l'organisation judiciaire qui est inconciliable avec le nouveau principe de la séparation des pouvoirs. Des justices de paix, des tribunaux de district et une seule Cour d'appel administrent la justice. Les tribunaux de district jugent des appels des sentences en premier ressort des justices de paix. La Cour d'appel connaît en seconde instance des causes tranchées par les tribunaux de district.

L'article 49 de la loi d'organisation judiciaire de 1848 prévoit sa revision un an après l'installation des nouvelles autorités judiciaires. Elle a lieu en 1850 ¹⁰⁴. Le Grand Conseil adopte à l'unanimité un article 50 bis qui achève la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et supplée à l'absence d'un pouvoir réglementaire supérieur appartenant à l'ordre judiciaire et destiné à remplir la fonction de Juge d'ordre :

« A) La Cour d'appel par l'intermédiaire de la section dite de la chambre des mises en accusation remplit la fonction de Juge d'ordre en matière judiciaire. » (Cette tâche n'a pas été confiée à la Cour d'appel qui n'a pas de sessions permanentes).

« B) Elle exerce en cette qualité la haute surveillance sur les tribunaux de district et les justices de paix en ce qui touche l'exécution et l'interprétation des lois judiciaires organiques et celles de procédure criminelle et civile; elle statue sur les conflits qui s'élèveraient entre les divers tribunaux ou autorités judiciaires; elle veille au maintien des formes prescrites par les lois et la coutume du pays; le tout sans préjudice des attributions réservées au pouvoir exécutif par les articles 45 et 46 de la constitution et par la loi.

» C) La chambre des mises en accusation peut toujours, quand elle le trouve opportun, déférer à la Cour d'appel, réunie au complet, les questions qui lui sont soumises à teneur des deux paragraphes précédents. »

Le Juge d'ordre est remplacé en 1874 par la Cour de cassation. Mais l'appellation n'est pas la seule différence de ces deux juridictions. La compétence du Juge d'ordre, contrairement à celle de la Cour de cassation, n'est pas précisément déterminée par la loi. Des ouvertures à recours au Juge d'ordre n'existent pas. Les fonctions du Juge d'ordre sont nombreuses. Il interprète la loi non seulement à l'adresse des tribunaux, mais pour toutes autorités et pour les justiciables mêmes. Il répond à des « demandes en direction » des juges, du Conseil d'Etat, des notaires, voire de simples particuliers ¹⁰⁵. Parfois il donne des instructions aux corps qui lui sont soumis ¹⁰⁶. Il fonctionne comme arbitre ou désigne des juges neutres lorsque les membres du tribunal compétent sont récusés ou inhabiles ¹⁰⁷. Enfin, il

¹⁰⁴ Loi modifiant l'OJC du 13 juin 1850, AROLCN III 217.

¹⁰⁶ Recueil des arrêts du Juge d'ordre, 4 vol., 1850-1874. Vol. I, p. 34, 110, 139 et 146.

¹⁰⁸ RAJO III 67.

¹⁰⁷ RAJO III 42; I 154, 194.

annule les jugements qui violent la loi ou la coutume ¹⁰⁸. Le nouveau régime qui ne peut être créé d'un coup exige cette multiplicité de fonctions. Le Juge d'ordre supplée aux défaillances des juges et des autorités et remédie à l'inconvénient d'un système politique qui se veut à la portée de tous, mais dont les rouages, encore mal synchronisés, ne sont connus que de quelques privilégiés. La fonction du Juge d'ordre se précise peu à peu et s'oriente vers la cassation. Un de ses derniers arrêts consacre la règle de l'interdiction du fait en cassation : « lorsqu'un tribunal a admis qu'un fait est constant, le Juge d'ordre, qui n'est pas une Cour d'appel, est incompétent pour modifier ou réformer le jugement sous ce rapport. Que les faits ainsi admis, il n'y a pas fausse application... » ¹⁰⁹.

*

La constitution de 1858 appelle une revision de l'organisation judiciaire de 1848-1850 ¹¹⁰. Elle ne touche pas à ses grandes lignes entièrement justifiées et impossibles à simplifier ¹¹¹. L'article 50 bis de la loi de 1850 est repris par l'article 31 de la loi de 1860. Seul changement notable, la fonction du Juge d'ordre est transférée de la chambre d'accusation à une section spéciale de la Cour d'appel, composée de son président et de deux membres choisis par elle pour la durée de la législature. « La Cour d'appel conserve les attributions et la compétence qu'elle possède aujourd'hui, soit comme Cour, soit comme Juge d'ordre. Nous avons uniquement modifié le système de nomination du Juge d'ordre afin de le mettre en harmonie avec le principe constitutionnellement admis qui a voulu exclure le pouvoir exécutif de toute participation aux nominations concernant le pouvoir judiciaire. Le Juge d'ordre est actuellement choisi par le pouvoir exécutif parmi les membres de la Cour d'appel; désormais la Cour désignera elle-même ceux de ses membres qui avec son président composeront la section dite du Juge d'ordre. Ce mode de procéder n'a rien d'anormal; il est adopté partout où une Cour de justice a diverses attributions; c'est le seul qui puisse répondre valablement aux exigences de la situation, en permettant à la Cour d'apprécier elle-même quels sont ceux de ses membres qui sont le plus aptes à remplir ces fonctions ou les mieux placés pour y consacrer le temps nécessaire. Il est évident que la position relative du Grand Conseil est peu favorable à un pareil choix, qu'on doit laisser à la Cour, moralement responsable de l'administration de ses sections. Le Grand Conseil est tenu de nommer conformément à la Constitution le personnel de la Cour et des

¹⁰⁸ RAJO I 343, 341, 362, 386, 448, 374.

¹⁰⁹ RAJO IV 341.

¹¹⁰ Loi sur l'organisation de la justice civile du 26 mai 1860, AROLCN IX 171.

¹¹¹ BGC XIX 681.

tribunaux; cette opération faite, il ne doit plus se mêler de leur organisation intérieure, mais se borner à en tracer le plan dans la loi »¹¹².

*

La loi d'organisation judiciaire de 1874¹¹³ crée à côté de la Cour d'appel une Cour de cassation qui connaîtra des violations de la loi et des vices de procédure commis par les justices de paix et les tribunaux de première instance¹¹⁴. Elle succède au Juge d'ordre critiqué en ces termes dans le Bulletin du Grand Conseil : « Le directeur de justice a toujours considéré cette institution comme parfaitement anormale et il est facile de constater qu'elle n'a d'équivalent dans l'organisation judiciaire d'aucun pays. Le Juge d'ordre tel qu'il est réglementé chez nous n'est pas autre chose qu'un tribunal prenant la place du législateur et légiférant non pas d'une manière théorique mais pour chaque cas particulier. Ce rouage est remplacé dans le projet par l'établissement d'une Cour de cassation qui au lieu de donner des directives et d'intervenir avant qu'un jugement soit prononcé se bornera à déclarer nulle toute sentence qui aurait été rendue contrairement à la loi »¹¹⁵.

La loi d'organisation judiciaire de 1874 institue une Cour de cassation mais ne traite pas de la procédure du pourvoi qu'aménagera le code de procédure civile en préparation¹¹⁶.

§ 2. LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE DE 1878-1882¹¹⁷ ET LA LOI DE 1882 MODIFIANT L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

Après la codification du droit privé (1853-1855), une législation sur la procédure s'imposait. Il faut pourtant l'attendre encore vingt ans. Les travaux confiés en 1869 à une commission spéciale et à Jacottet sont interrompus par le projet de constitution fédérale du 12 mars 1872 qui prévoit l'unification complète du droit, et qui échoue devant le peuple¹¹⁸. Le code de procédure civile neuchâteloise est adopté définitivement le 31 octobre 1878. Ce premier code comprime la durée des procès. Il accorde des garanties

¹¹² BGC XIX 747.

¹¹³ Loi du 13 juillet 1874 sur l'organisation de la justice civile, NROLCN I 261. BGC XXXI 98; XXXII 398.

¹¹⁴ BGC XXXII 408 et 409.

¹¹⁵ BGC XXXIII 403.

¹¹⁶ BGC XXXII 409.

¹¹⁷ Ce code fut adopté en deux parties; la seconde a pour objet la poursuite pour dettes.

¹¹⁸ Tuor, *op. cit.*, 4; Ruck E., *Schweizerisches Staatsrecht*, 3^e éd., Zurich 1957, p. 11 et 12.

aux justiciables et soumet juges et parties à des règles claires afin d'éviter la chicane ¹¹⁹.

Le titre III, relatif aux voies de recours, contient cinq chapitres consacrés respectivement à l'appel, au recours en cassation, à la demande en interprétation et en révision, à la nullité et à la réforme des jugements rendus par les Cours d'appel et de cassation, et à la restitution et au relief; (le quatrième chapitre coordonne l'organisation judiciaire cantonale à l'organisation judiciaire fédérale et mentionne les recours fédéraux contre les arrêts des Cours d'appel et de cassation.)

Le recours en cassation reçoit à ce moment-là sa forme définitive. Il ne subira plus de changements directs dès cette date, mais seulement des modifications indirectes résultant par exemple de la suppression de l'appel, de la suppression des justices de paix, de la réintroduction, sous une forme particulière, de l'appel.

Le pourvoi neuchâtelois est une institution purement française dans son esprit et dans ses principes. La Cour de cassation neuchâteloise est une juridiction de droit commun, subsidiaire et spéciale. Néanmoins, les dimensions incomparables du ressort de la juridiction neuchâteloise et de la Cour de cassation française sont à l'origine de différences et de solutions autonomes. La forme et la technique du pourvoi neuchâtelois se différencient passablement de la forme et de la technique du pourvoi français. Rappelons seulement à ce propos que le droit français contient une bonne centaine de dispositions sur le pourvoi alors que le CPCN n'en contient qu'une dizaine. Le pourvoi français a été probablement reçu indirectement en droit neuchâtelois, par l'intermédiaire du code de procédure civile fribourgeois de 1850 qui a adopté le système français des voies de recours. L'organisation et le fonctionnement de la Cour de cassation neuchâteloise sont particuliers aussi. Le droit neuchâtelois a adopté un système fréquent en Suisse : le tribunal supérieur est à la fois juge d'instance unique, juge d'appel et juridiction de cassation.

*

A cette époque, l'unification du droit accroît les compétences du Tribunal fédéral. Une grande partie des affaires jugées par les autorités cantonales deviennent susceptibles de recours au Tribunal fédéral. Pour ce motif et pour des raisons financières, la loi de 1882 modifiant l'organisation judiciaire ¹²⁰ supprime le double degré de juridiction, « dont la conservation serait un véritable luxe » ¹²¹, au profit d'un système bizarre : la séparation de l'instruction et du jugement, adopté sans discussion par le Grand Conseil. Les tribunaux de district jugent en premier et dernier ressort, sous

¹¹⁹ BGC XXXV 164 et 169.

¹²⁰ Loi du 23 novembre 1882, NROLCN I 303.

¹²¹ BGC XLII 69.

réserve du recours en cassation, les causes qui n'excèdent pas la valeur de 500 francs et ne sont pas de la compétence des justices de paix. Les causes de valeur litigieuse supérieure sont instruites par les tribunaux de district mais jugées par le Tribunal cantonal qui remplace la Cour d'appel et dont une section statue sur les recours en cassation contre les jugements des justices de paix et des tribunaux de district ¹²².

§ 3. LES CODES DE PROCÉDURE ET LES LOIS D'ORGANISATION JUDICIAIRE ULTÉRIEURES.

Le code de 1906 n'innove pas. Il adapte la procédure en vigueur à la nouvelle législation accessoire et à la suppression de l'appel. Son chapitre sur les voies de recours ne comprend plus que la demande en interprétation, la révision et le recours en cassation.

La loi d'organisation judiciaire de 1910 ¹²³ entre en vigueur en 1912 en même temps que le code civil suisse qui en est la raison essentielle. Elle simplifie, supprime certaines instances, augmente le taux des compétences, réduit le nombre des juges inférieurs mais ne modifie pas le *statu quo* des voies de recours.

La loi d'organisation judiciaire de 1925 ¹²⁴ renonce au principe très critiqué ¹²⁵ de la séparation de l'instruction et du jugement, dû à l'abolition du double degré de juridiction. Elle supprime les justices de paix et réintroduit l'appel en matière de divorce et de séparation de corps.

En vertu du nouveau principe de l'unité de l'instruction et du jugement, les divorces et les séparations de corps devaient être confiés à une seule juridiction. Le Tribunal cantonal eût été surchargé. Les tribunaux de district n'eussent pas offert des garanties suffisantes. On les attribua aux tribunaux de district avec possibilité d'appel au Tribunal cantonal.

L'organisation judiciaire est composée de deux ordres de tribunaux : le Tribunal cantonal et les tribunaux de district. Les tribunaux de district connaissent en premier et dernier ressort, sous réserve du pourvoi en cassation, des procès de valeur litigieuse inférieure à 2000 francs. Ils statuent en

¹²² BGC XLII 419 : « Le Tribunal cantonal ... est composé de trois juges permanents nommés par le Grand Conseil et des six présidents des Tribunaux de district, dont deux seulement, pris parmi ceux qui n'ont pas présidé à l'instruction, siégeront pour le jugement de la cause. »

¹²³ Loi sur l'OJG du 22 mars 1910, ROLCN II 418.

¹²⁴ Loi sur l'OJG du 7 avril 1925, ROLCN IV 326.

¹²⁵ BGC LXXXIX 568. Quelques vestiges de la séparation de l'instruction et du jugement subsistent encore : voir les articles 3 à 5 du décret concernant les contestations prévues par l'article 120 LAMA (ROLCN III 172, IV 337, 338) de même que l'article 15 de la loi d'introduction à la LP (ROLCN II 451).

premier ressort sur les procès en divorce et en séparation de corps, qui peuvent ensuite être déférés au Tribunal cantonal, siégeant comme Cour d'appel. Le Tribunal cantonal, outre sa fonction de Cour de cassation attribuée à son Président et à deux de ses membres, connaît des affaires qui échappent à la compétence des tribunaux de district.

Le code de procédure de 1925 est une adaptation du code antérieur à l'organisation judiciaire nouvelle ¹²⁶ (principe de l'unité de l'instruction et du jugement, institution de la « nouvelle notion d'appel »). Il prévoit quatre voies de recours : l'appel, le pourvoi en cassation, la révision et la demande d'interprétation.

¹²⁶ BGC XC 273.

Chapitre IV

LE POURVOI EN CASSATION ET LE DROIT SUISSE CONCLUSIONS

§ 1. LE DROIT FÉDÉRAL.

Le système des voies de recours de la loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 dérive des lois d'organisation judiciaire du 27 juin 1874, du 22 mars 1893 et de la révision du 6 octobre 1911.

Le droit privé unifié réclame une application uniforme¹²⁷. En vertu de l'article 114 de la Constitution qui prévoit que la législation fédérale peut donner au Tribunal fédéral « des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'article 64 », la loi d'organisation judiciaire de 1874 introduit un recours au Tribunal fédéral : « Dans les causes où il s'agit de l'application des lois fédérales, et lorsque l'objet du litige sera d'une valeur d'au moins 3000 fr., ou non susceptible d'estimation, chaque partie a le droit de recourir au Tribunal fédéral pour obtenir la réforme du jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale... »¹²⁸.

La loi de 1893¹²⁹ institue trois voies de recours : le recours en réforme, repris de la loi de 1874, un recours en matière d'annulation des titres transmissibles par endossement ou au porteur, et un recours en cassation.

Le recours en réforme est recevable pour violation du droit fédéral contre les décisions de dernière instance cantonale qui atteignent une certaine valeur litigieuse.

Le recours en cassation sanctionne les jugements au fond de dernière instance cantonale, qui ont appliqué le droit cantonal ou le droit étranger au lieu du droit fédéral, et qui ne sont pas susceptibles d'un recours en réforme¹³⁰.

¹²⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, FF 1874 I 998. Yung, *L'organisation judiciaire fédérale doit-elle être modifiée ?* RDS, NS, 54, 1935, 411 a.

¹²⁸ Art. 29.

¹²⁹ FF 1893 I 801.

¹³⁰ Art. 89.

Le droit fédéral conserve le recours en réforme en 1911¹³¹ mais unit en un « recours de droit civil » le pourvoi en cassation et le recours en matière d'annulation de titres transmissibles par endossement ou au porteur¹³². Le recours de droit civil est encore donné en matière de tutelle, de curatelle et de déchéance de la puissance paternelle¹³³, pour violation des dispositions de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour et pour violation des règles fédérales de compétence¹³⁴.

Le recours en réforme subsiste en 1943. A cette date, on crée le recours en nullité. Ces deux moyens se partagent les ouvertures à recours de droit civil¹³⁵.

De la comparaison de la loi d'organisation judiciaire de 1943 et des lois antérieures, il résulte que le recours en nullité procède exclusivement du recours en cassation de 1893, étendu en 1928 aux violations des règles fédérales de compétence. Avec M. Thilo on peut se demander pourquoi on a reculé devant le nom classique de pourvoi ou de recours en cassation¹³⁶. Peut-être est-ce parce que le recours en nullité n'a pas qu'un effet cassatoire.

*

Le recours en réforme a été institué pour assurer l'unité de la jurisprudence¹³⁷. Ce compromis entre l'appel et le recours en cassation a suscité des controverses. Devait-on le conserver, adopter le système de la cassation ou celui de l'appel ? La première solution a triomphé et il faut s'en féliciter. « Le recours en réforme est entré dans nos mœurs depuis longtemps; il a d'incontestables avantages sur le recours en cassation; il est donc désirable de le maintenir aussi longtemps que possible et dans toute la mesure où des intérêts majeurs ne militent pas pour sa suppression ou pour des modifications »¹³⁸. Le recours en réforme assume une fonction semblable au pourvoi français. Mais en tant que compromis entre l'appel et la cassation, le recours en réforme s'apparente plutôt à la *Revision* allemande. La ressemblance est

¹³¹ ROLF 1911, 113.

¹³² Art. 86, ch. 4, et 87, ch. 1.

¹³³ Art. 86, ch. 1, 2, 3.

¹³⁴ Art. 87, ch. 2, 3.

¹³⁵ Birchmeier, 72 et 249. L'ancien article 87, ch. 2 (recours de droit civil pour violation des dispositions de la LRDC) n'est pas repris. Restent au recours en nullité, l'ancien recours en cassation (l'article 89 de la loi de 1893 est devenu l'article 87, ch. 1 de la loi de 1911 et ensuite l'article 68, lit. a de la loi de 1943) et le chiffre 3, ajouté en 1928 seulement, de l'article 87 de la loi de 1911 qui devient la lettre b de l'article 68 de la loi de 1943.

¹³⁶ Thilo, *Quelques remarques sur le texte français du projet d'une loi fédérale d'organisation judiciaire*, de 1943, JF 1943 I 386 ss, sous article 68.

¹³⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, FF 1874 I 999 : « ... il nous a semblé qu'il fallait faire abstraction du système de l'appel et ne donner au Tribunal fédéral que la compétence de prononcer sur les questions de juste application de la loi. »

¹³⁸ Yung, *op. cit.*, RDS 1935, vol. 54, N. F., p. 425 a.

frappante. Elle n'est point étonnante : la *Revision* est une sorte d'appel limité aux questions de droit. Réforme et *Revision* sont accordées à partir d'une certaine valeur litigieuse seulement (*Revision-Berufungssumme*). Elles connaissent l'une et l'autre le recours joint ou le recours incident. Elles permettent un contrôle de toutes les questions de droit et non seulement des moyens invoqués par les parties ou relevables d'office ¹³⁹. Si le recours est fondé, le Tribunal fédéral et le *Bundesgerichtshof* ont la faculté de rendre un nouveau jugement au fond. Ils jouissent d'un pouvoir de réforme. Lorsque le recours en réforme et la *Revision* aboutissent à la cassation seule, l'arrêt du Tribunal suprême lie le juge de renvoi.

*

Le recours en nullité assure aussi l'égalité application du droit. Il a certains traits du pourvoi en cassation dont le recours en réforme est dépourvu. Subsidaire par rapport au recours en réforme, il est ouvert plus largement quant aux décisions attaquables et ne suppose pas une valeur litigieuse minimum. Le recours en nullité par voie de jonction n'existe pas ¹⁴⁰.

Les dispositions relatives au recours en réforme s'appliquent par analogie au recours en nullité. Celui-ci n'a pas finalement une technique très différente de celui-là. On peut se demander s'il ne serait pas avantageux de remplacer ces deux moyens par un seul et unique recours, accordé sans considération de valeur litigieuse (un recours qui a pour fonction l'uniformité de la jurisprudence ne s'accommode pas d'un minimum litigieux), et doué de l'effet réformatoire éventuel du recours en réforme. Ce ne semble pourtant pas l'avis du législateur fédéral. Par la loi du 19 juin 1959, il a porté de 4000 fr. à 8000 fr. la valeur litigieuse minimum permettant le recours en réforme ¹⁴¹.

*

La loi d'organisation judiciaire fédérale prévoit en son article 136 un recours en *revision* pour faits nouveaux et vices de procédure, contre les arrêts du Tribunal fédéral. Le recours en *revision* pour vices de procédure est une sorte de *querela nullitatis*.

¹³⁹ OJF art. 63; CPCAL art. 559, deuxième phrase.

¹⁴⁰ Birchmeier, sous article 74, p. 266.

¹⁴¹ ROLF 1959, 931 ss. FF 1959 I 17.

§ 2. LES DROITS CANTONAUX ¹⁴².

Les systèmes cantonaux de recours sont très divers ¹⁴³. Presque tous instituent, outre l'appel, le recours en cassation. Il n'est pas possible d'énumérer simplement les exceptions. Entre les cantons qui connaissent le recours en cassation (Zurich par exemple), et ceux qui l'ignorent (Zoug, Nidwald, Thurgovie), on trouve des cas intermédiaires. Certains recours présentent quelques aspects seulement du recours en nullité (Argovie, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Genève ¹⁴⁴, Appenzell Rhodes-Extérieures ¹⁴⁵).

A défaut de recours en nullité, d'autres moyens permettent de faire valoir les irrégularités du jugement (appel, recours simple). La présence ou l'absence d'un recours en nullité ne présume en rien de la valeur de l'administration de la justice.

Nous n'avons pas l'intention de retracer toutes les conceptions du recours en nullité des législations cantonales. Ce travail a été fait ¹⁴⁶. Une seule question retiendra notre attention. Nous avons vu en passant en revue quelques grands systèmes de recours que la cassation pouvait être conçue de deux manières fondamentalement différentes, à l'image du recours en nullité *stricto sensu* (*querela nullitatis*), ou à l'image du pourvoi en cassation. Lequel de ces deux types de recours trouvons-nous dans les législations cantonales ? L'un et l'autre sans doute, car les droits suisses, comme toutes les autres législations, aspirent à l'uniformité de la jurisprudence ¹⁴⁷. Quelques exemples cependant montreront que les recours en nullité cantonaux ne proviennent pas du pourvoi en cassation français, mais du recours en nullité du droit commun, lequel a exercé une influence générale sur les codes suisses alémaniques ¹⁴⁸.

*

Recours en nullité et pourvoi en cassation ont des caractères bien distincts.

La Cour de cassation typique est une juridiction suprême, unique et de droit commun quant aux décisions attaquables. Il n'est pas nécessaire en

¹⁴² On trouvera dans le manuel de M. Guldener l'indication des plus importantes sources des droits judiciaires privés cantonaux.

Les noms des cantons sont cités selon les abréviations usuelles. La mention du canton uniquement renvoie aux dispositions de son code de procédure civile.

¹⁴³ Fritzsche, *Les procès entre particuliers*, 347; Hofmann, 27; Heusler, *Die Nichtigkeitsbeschwerden in der Schw. Zpo.*, 168.

¹⁴⁴ Ge. 316, 323; la demande en révision et l'appel genevois sont des sortes de recours en nullité.

¹⁴⁵ App. Rh.-Ext. 282 : le recours en nullité n'est prévu qu'en matière de sentences arbitrales.

¹⁴⁶ Guldener, Zpr., 534.

¹⁴⁷ OJSo. de 1954, art. 110; OJBe. art. 13.

¹⁴⁸ Schurter et Fritzsche, I, 6.

revanche que le tribunal qui statue sur les recours en nullité soit unique et suprême. Mais il sera souvent de droit commun : nous comprenons que seuls les jugements qui tranchent une contestation d'une certaine importance soient susceptibles d'appel; nous n'admettons pas, au contraire, qu'une décision rendue par un tribunal irrégulièrement composé soit annulable ou inattaquable suivant la valeur du litige; il s'ensuit que le recours en nullité est plus largement ouvert que l'appel en ce qui concerne les décisions attaquables. Le recours en nullité et le pourvoi ont sur ce point un caractère semblable, mais pour des raisons différentes : le recours en nullité, à cause de la nature de la nullité, le pourvoi, à cause de sa fonction.

Les motifs de recours en nullité sont essentiellement constitués par des erreurs *in procedendo*. Elles seules, en principe, entraînent la nullité. Les ouvertures à cassation sont centrées au contraire sur l'erreur *in iudicando* particulièrement néfaste à l'uniformité de la jurisprudence.

Le rapport du recours en nullité et du pourvoi en cassation avec l'appel diffère aussi.

Que l'appel et la *querela nullitatis* aient un champ d'application distinct ou qu'ils se chevauchent partiellement, dans les deux cas on constate un parallélisme des recours, qui repose sur la distinction des nullités et des iniquités¹⁴⁹. Un tel parallélisme ne se retrouve pas dans le rapport du pourvoi et de l'appel.

La comparaison des délais de recours est significative. Bien que le pourvoi assume une fonction d'intérêt général, son délai ne se différencie pas de celui des autres recours. Le délai du recours en nullité, au contraire, est souvent beaucoup plus long que celui de l'appel (influence de la *querela nullitatis insanabilis*). Ensuite, l'expiration du délai d'appel ne change pas la nature du jugement qui en était susceptible. Le pourvoi en cassation, ouvert contre les décisions de dernières instances, reste irrecevable. Il se peut, par contre, qu'après l'expiration du délai d'appel, s'ouvre le recours en nullité irrecevable jusque-là parce que subsidiaire.

Dans le système du recours en nullité, la juridiction de recours jouit d'un pouvoir de réforme exclu dans le système de la cassation (exception faite des cas hybrides tels que le recours en réforme au Tribunal fédéral, la *Revision* allemande).

Les voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales sont aussi instructives. Les sentences arbitrales françaises ne sont pas susceptibles de pourvoi en cassation¹⁵⁰. Cette règle est dans la logique du système, puisque les arbitres jugent souvent *ex aequo et bono* et que leurs sentences ne forment pas jurisprudence. Le recours en nullité, au contraire, convient très

¹⁴⁹ Le recours en nullité du droit vaudois est fondé sur cette conception; Hofmann, N° 217.

¹⁵⁰ Cornu et Foyer, 588.

bien (mieux que l'appel), aux décisions arbitrales. En remettant le litige à des arbitres, les parties ne renoncent pas et ne peuvent renoncer à l'observation de certaines règles de forme et de procédure (respect du compromis, des principes fondamentaux de la procédure). Le recours en nullité est la sanction adéquate de ces règles ¹⁵¹.

*

Il est difficile de savoir si le droit français a exercé une influence sur la structure de la juridiction de cassation. Les organisations judiciaires cantonales présentent plusieurs systèmes : la juridiction de cassation est confiée à une Cour suprême ou à une Cour supérieure seulement; plus rarement on trouve une multiplicité de juridictions de cassation.

Dans les cantons de Berne, Fribourg, Lucerne et Uri ¹⁵², la juridiction de cassation est exercée par une section du Tribunal suprême. Elle juge des recours en nullité dirigés contre les arrêts du Tribunal suprême et contre les décisions des tribunaux inférieurs. Dans le premier cas, la juridiction de cassation siège dans une formation spéciale, le *plenum*.

Cette solution est-elle dictée par le souci de l'unité de la jurisprudence ? On peut en douter. La pluralité de sections au sein d'un même tribunal ne met pas en danger l'uniformité de la jurisprudence. Elle n'est guère plus à craindre que la pluralité de juges fonctionnant indépendamment les uns des autres dans un même tribunal. Le roulement et le fait que la jurisprudence de l'ensemble du tribunal constitue la première source des décisions de ses sections, empêchent les divergences. Ce système met plutôt en œuvre la distinction des nullités et des iniquités. Le bien-jugé des arrêts du Tribunal suprême est indiscutable. Leur validité ne peut pas l'être à un même degré. Il importe de pouvoir la discuter une fois encore.

Dans les cantons de Glaris, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures, Valais, Tessin et Saint-Gall, le Tribunal suprême, juridiction unique, d'appel et de cassation, statue sur les recours dirigés contre les jugements des tribunaux inférieurs, mais non contre ses propres arrêts ¹⁵³.

Dans le canton du Tessin, la Cour de cassation est juridiction de droit commun, mais non dans le canton du Valais où elle fonctionne seulement contre les jugements du juge instructeur non sujets à l'appel.

L'uniformité de la jurisprudence dans les cantons suisses ne nécessite pas la création d'un recours propre. L'appel et tous les recours dévolutifs (au sens allemand) y concourent. La structure de l'organisation judiciaire dans un canton ne peut pas être la même, *mutatis mutandis*, qu'en France ou en

¹⁵¹ Le droit italien ne soumet pas les sentences arbitrales au pourvoi en cassation, mais à un recours spécial en nullité; GPCit. art. 829, 830.

¹⁵² Be 7 al. 3; 359 ss. OJLu. art. 5 ch. 3; art. 8. Uri 25 ch. 2. Frib. 311; 334.

¹⁵³ Vs. 5 al. 2; 285. Ti. 320. SG. 426. Gl. 17; 328. Sh. 364; Constitution schaffhouseise, art. 80. Ap. Rh.-Int. 47; 277.

Italie. Le volume des litiges, la présence du droit fédéral, empêchent qu'on trouve en droit cantonal une organisation judiciaire dans laquelle le recours en cassation occupe la même place qu'en droit français.

Dans le canton de Saint-Gall, le recours en cassation n'est pas recevable contre toutes les décisions rendues en dernier ressort. La juridiction de cassation fonctionne contre les décisions du Tribunal cantonal, mais non contre les décisions de dernière instance des Présidents et des Commissions des Tribunaux de district, du Président et de la Commission du Tribunal cantonal.

La juridiction de cassation du canton de Schwyz n'est pas suprême. Elle juge les recours dirigés contre les décisions des tribunaux inférieurs ¹⁵⁴.

Dans les cantons de Zurich et Soleure, on trouve une pluralité de juridictions de cassation ¹⁵⁵.

*

Ces considérations ne révèlent pas une tendance nette. L'étude des ouvertures à recours en nullité emporte tout doute cependant. Malgré leur diversité, un trait commun les unit : elles visent essentiellement les erreurs *in procedendo* : vices dans la personne des parties, vices dans la personne des juges, irrégularités commises au cours de la procédure, irrégularités commises dans le jugement.

L'erreur *in iudicando de jure* ouvre le recours en nullité si elle constitue une contravention au droit clair, une violation expresse, formelle, de la loi. Nous avons vu que dans cette hypothèse, il s'agit en réalité d'une erreur *in procedendo* (excès de pouvoir). L'erreur de fait évidente compte aussi parmi les ouvertures à recours en nullité.

Tous ces motifs proviennent du droit commun et de la *querela nullitatis*. Mais il n'est pas exclu que sous l'influence des ouvertures à cassation françaises, les textes aient été développés par la jurisprudence et que la notion de contravention au droit clair ait été élargie et vise toute erreur de droit.

*

La *querela nullitatis insanabilis* se retrouve dans la technique des délais des législations de Zurich, Glaris, Schaffhouse et Obwald ¹⁵⁶.

Dans le demi-canton d'Obwald, le délai de recours en nullité est de 14 jours, mais le recours tardif est recevable si le plaideur prouve que le motif de recours n'est pas parvenu à temps à sa connaissance.

Zurich, Glaris et Schaffhouse accordent le recours en nullité pendant 30 jours, en principe. Le recours est recevable, toutefois, pendant 10 ans encore, si le recourant prouve que le motif de nullité est parvenu à sa connaissance dans les 30 jours qui ont précédé l'introduction du recours.

¹⁵⁴ Sz. 10, 443.

¹⁵⁵ OJZu. art. 32 lit. a; 48 ch. 1; 92. OJSO. art. 1; 35; 57 al. 3.

¹⁵⁶ Gl. 330. Zu. 346. Sh. 366. Ob. 239.

Ces trois législations prévoient que le recours en nullité est recevable après l'expiration du délai d'appel s'il est prouvé que le motif de nullité n'est venu à jour qu'à ce moment-là ¹⁵⁷.

La juridiction de cassation tire ses pouvoirs de la *querela nullitatis* du droit commun. Elle dispose très souvent d'un pouvoir de réforme. En cas de cassation seulement, le juge de renvoi est lié par les considérants juridiques de l'autorité de recours.

Le recours en nullité est accordé contre les sentences arbitrales dans la quasi-totalité des cantons.

*

Le recours en cassation dans l'intérêt de la loi, caractéristique du système français, n'existe pas dans les législations cantonales.

La cassation d'office du droit bernois ¹⁵⁸ ne s'analyse ni en un pourvoi dans l'intérêt de la loi ni en un recours pour excès de pouvoir. Elle n'a pas que des effets doctrinaux. Le seul intérêt de la jurisprudence est insuffisant à en justifier l'exercice. Contrairement à la lettre de l'article 90 CPCBe., la cassation seule a lieu d'office; elle suppose un recours des parties. La cassation d'office est une mesure qui compète à la Cour d'appel seule, en tant qu'autorité de surveillance. Les parties ne peuvent ni l'éviter ni la demander ¹⁵⁹.

Le même code bernois contient un recours, parent du pourvoi français pour excès de pouvoir. Lorsque l'objet du jugement ne relevait pas du pouvoir judiciaire, le recours en nullité appartient non seulement aux parties, mais aussi au ministère public. Il est recevable aussi longtemps que le jugement n'a pas été exécuté ¹⁶⁰.

*

Les recours en nullité cantonaux ont encore d'autres traits communs. Ils sont subsidiaires, non suspensifs d'exécution, s'instruisent selon une procédure contradictoire, à moins d'irrecevabilité ou de mal-fondé évident. La procédure est écrite; des débats oraux n'ont lieu qu'exceptionnellement.

¹⁵⁷ Gl. 329. Zu. 345. Sh. 364.

¹⁵⁸ Be. 90.

¹⁵⁹ Guldener, Zpr., 546; Leuch, sous art. 90, N° 1.

¹⁶⁰ Be. 361 al. 3; 359 ch. 6.

§ 3. CONCLUSIONS.

En dépit de la terminologie, le pourvoi en cassation et le recours en nullité sont deux moyens de nature absolument différente. Ils se sont réciproquement influencés, mais leur origine est distincte et ils n'ont pas partagé le même sort. La *querela nullitatis* a été absorbée plus ou moins complètement par l'appel dont elle ne constitue qu'un effet accessoire et même, a-t-on dit, un double inutile¹⁶¹. Le pourvoi en cassation, au contraire, a été accueilli très favorablement par les législations du monde entier¹⁶².

Au droit français revient le mérite d'avoir créé le pourvoi en cassation. Mais on s'est trompé à maintes reprises sur la personne de son auteur : la Monarchie, la Révolution ou les Temps modernes ? Tous trois y ont contribué dans une mesure également appréciable. La technique de la cassation s'est élaborée durant l'ancien régime. La Révolution a favorisé son développement en unifiant le droit. Son plus grand mérite n'est pas d'avoir créé le Tribunal de cassation, mais d'avoir conservé une institution parmi les plus monarchiques. L'effort déployé par les Révolutionnaires pour intégrer au mieux le Conseil des parties dans le système de la séparation des pouvoirs mérite d'être souligné. Il a permis, au début du XIX^e siècle, l'achèvement des théories essentielles du pourvoi en cassation.

Les codes suisses de procédure n'ont pas adopté le système de la cassation française. Ils portent la trace évidente de la *querela nullitatis* du droit commun. Le droit neuchâtelois constitue une exception.

Le pourvoi en cassation neuchâtelois n'est pas issu d'une distinction procédurale (nullité-iniquité). Comme le pourvoi français, il s'est détaché de la puissance politique suprême, en l'occurrence du Conseil d'Etat de l'ancien régime. Le recours au Conseil d'Etat, pendant du recours français au Conseil des parties, est devenu le recours au Juge d'ordre, puis le recours en cassation. Les ouvertures à cassation en droit neuchâtelois, manifestement inspirées du droit français, sont aussi centrées sur l'erreur *in judicando*. Sous réserve de particularités résultant de l'organisation judiciaire, de la soumission, selon le système suisse, des tribunaux arbitraux à la Cour de cassation (le pourvoi contre les sentences arbitrales s'analyse en un recours en nullité et non en un recours en cassation), le recours en cassation neuchâtelois est typiquement français, dans son origine, sa fonction et sa technique actuelle.

¹⁶¹ Hofmann, N^o 10.

¹⁶² Ancel, *Réflexions sur l'étude comparée des Cours suprêmes et le recours en cassation*, 296 : « La notion de recours en cassation paraît avoir eu dans le monde une force d'expansion que l'on n'a pas assez remarquée, et que l'on pourrait comparer à celle dont a fait preuve la théorie de la suprématie de la loi écrite telle qu'elle s'est dégagée de la Révolution française, et dont la notion de cassation n'est, à beaucoup d'égards, que le corollaire. »

Il est un cas particulier de l'influence générale du droit français sur la procédure neuchâteloise.

Deux facteurs auront pu favoriser cette influence : la proximité du Jura bernois soumis à la fin du XVIII^e et durant le début du XIX^e siècle au droit français comme territoire annexé ¹⁶³, et l'adoption du système français des voies de recours par le CPC fribourgeois de 1849 ¹⁶⁴. Violation de la loi, excès de pouvoir, contrariété de jugements, vice de forme, telles étaient les ouvertures à cassation de ce code. Son influence sur la procédure neuchâteloise est manifeste. La ressemblance frappante de la lettre et de l'esprit de certains articles de ce code et des dispositions correspondantes du code neuchâtelois ne peut être attribuée au hasard.

Pourquoi, dans ces circonstances, le pourvoi dans l'intérêt de la loi n'a-t-il pas été aussi accueilli dans la procédure civile neuchâteloise ? Loin d'être une objection, ce fait confirme la thèse du caractère à la fois autochtone et français du pourvoi en cassation neuchâtelois. La réception indirecte, par l'intermédiaire du code fribourgeois de 1849, aura pu jouer un rôle. Mais, il faut plutôt voir là le résultat de circonstances historiques. Le droit de cassation s'est développé en France comme un droit exclusif du souverain tout d'abord, à cause de la lutte fameuse des parlements et de la royauté. Aucun conflit semblable n'a existé en droit neuchâtelois. Le souverain ne s'est jamais vu contraint à utiliser de son propre chef et à son profit le pouvoir inaliénable de cassation. Celle-ci a toujours été accordée aux plaideurs par bienveillance paternelle. Les conditions nécessaires à une rivalité du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire n'étaient pas données en droit neuchâtelois. Les liens qui unissaient la principauté à son souverain, l'éloignement de celui-ci, la confusion des pouvoirs et des fonctions ¹⁶⁵ excluaient tout conflit. La Révolution neuchâteloise n'a pas vécu la terreur des parlements qui dicta au droit français l'appel circulaire et bannit le terme « Cour » du langage des lois. Au contraire, elle a immédiatement institué les appels à un tribunal supérieur et une cour d'appel.

¹⁶³ Boivin, *Les lois jurassiennes*, I, 545.

¹⁶⁴ Schurter et Fritzsche, I, 403, 404.

¹⁶⁵ Piaget, *Histoire de la révolution neuchâteloise*, introduction p. 70, note qu'en 1707 le Tribunal des Trois-Etats, qui comprenait 12 membres, était composé de 7 conseillers d'Etat.

Titre III

LA NATURE DU POURVOI EN CASSATION

Il m'a expliqué qu'on ne cassait pas un jugement, comme cela, pour rien. Cela m'a paru évident et je me suis rendu à ses raisons. A considérer froidement la chose, c'était tout à fait naturel.

(Albert Camus, *L'Étranger*.)

Chapitre premier

LE CARACTÈRE SPÉCIAL DU POURVOI

§ 1. LE POUVOIR D'EXAMEN DE LA COUR DE CASSATION.

Trois principes liés mais distincts tracent les limites du pouvoir d'examen de la juridiction de cassation :

Le pourvoi n'est pas dévolutif.

Les demandes nouvelles et les moyens nouveaux sont prohibés en cassation.

La Cour de cassation ne connaît que des questions de droit, à l'exclusion des questions de fait.

*

L'appel est la voie de recours dévolutive par excellence ¹. La recevabilité de l'appel se distingue sans doute de la recevabilité de l'action originaire, mais le juge d'appel statue sur le litige déjà tranché et non sur un droit nouveau à obtenir l'infirmité et la réformation du jugement dont appel. L'appel recevable aboutit à un nouveau jugement qui se substitue à la décision de première instance.

Le pourvoi en cassation est le type de la voie de recours non dévolutive ². La juridiction de cassation connaît d'une question distincte du litige

¹ Encyclopédie Dalloz, *Appel*, N° 612 b.

² CCC IV 79; VI 173. RJN I 60.

originaires³ : le recourant a-t-il le droit d'obtenir la cassation du jugement ? Dans l'affirmative, il n'est pas encore vainqueur du procès. Il obtient seulement la suppression d'une décision défavorable. Dans la négative, le jugement attaqué reste entièrement valable. L'arrêt de la Cour de cassation ne s'y substitue pas.

Tous les auteurs ne s'accordent pas sur la définition de l'effet dévolutif et de l'effet non dévolutif. L'effet non dévolutif est souvent confondu avec d'autres restrictions au pouvoir de la juridiction de recours, notamment avec l'interdiction des demandes nouvelles, des moyens nouveaux, et avec les limites apportées au pouvoir d'examen et au pouvoir de décision de l'autorité de recours⁴. Ces confusions sont regrettables.

La prohibition des demandes nouvelles est indépendante des caractères dévolutif et non dévolutif. L'adage *tantum appellatum quantum judicatum* se justifie par le souci de maintenir le principe du double degré de juridiction. L'adage *tantum appellatum quantum devolutum* se fonde sur les principes de la disposition, de la divisibilité du jugement et de l'intérêt. L'un et l'autre affectent l'aspect quantitatif mais non l'aspect qualitatif de la dévolution⁵.

La prohibition des moyens nouveaux accompagne souvent, mais non nécessairement, l'absence d'effet dévolutif. Certains recours, dévolutifs, ne permettent pas d'invoquer des moyens nouveaux. Par le recours en réforme, dévolutif, on ne peut pas invoquer des moyens nouveaux devant le Tribunal fédéral⁶. Inversement, des recours non dévolutifs s'accommodent parfois de moyens nouveaux. Telles sont la requête civile française et la demande en revision neuchâteloise.

L'absence d'effet dévolutif s'analyse nécessairement en une limitation du pouvoir d'examen de la juridiction de recours. Mais, toutes restrictions au pouvoir d'examen de la juridiction de recours procèdent-elles de l'effet non dévolutif ? Assurément non. Le recours en réforme est dévolutif bien qu'il ne permette pas de soulever des questions de fait devant le Tribunal fédéral. La demande de revision neuchâteloise se situe sur le plan du fait essentiellement ; elle n'est pourtant pas dévolutive.

Le pouvoir de décision de l'autorité ne révèle pas non plus le caractère du recours dont elle est saisie. Les juridictions de recours qui ont l'obligation de juger le fond et celles qui ont la faculté de renvoyer la cause au juge inférieur ne jouissent pas d'un pouvoir qualitativement différent. Le Tribunal fédéral ne lie pas à cette distinction la présence ou l'absence de l'effet

³ Guldener, th., 63, 64.

⁴ Cuche et Vincent, N° 478 ; Morel, N° 633 ; Viziox, N° 38, p. 522.

⁵ Cuche et Vincent, N° 432 ss ; Encyclopédie Dalloz, *Appel*, N° 629 et 636 ; Morel, N° 246, 634 et 635 ; Glasson, Tissier et Morel, III, 341 ; Viziox, 560.

⁶ Birchmeier, sous art. 55, note 8, lit. c, p. 206.

dévolutif. Il admet que le recours en réforme est dévolutif bien que la juridiction fédérale ait la faculté de renvoyer le litige au juge cantonal pour jugement au fond⁷.

Un recours dévolutif serait-il accidentellement non dévolutif ? Nullement. On ne saurait dire que l'effet dévolutif n'a pas fonctionné lorsque le recours a conduit à l'invalidation du jugement avec renvoi. Il se peut au contraire que la juridiction de recours ait décelé le motif d'invalidation et de renvoi dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le recours dévolutif.

Ni le pouvoir de décision, ni le pouvoir d'examen de la juridiction de recours ne peuvent servir de critère. Leur combinaison n'est guère plus utile : un pouvoir de décision restreint peut être accompagné d'un pouvoir d'examen illimité, un pouvoir d'examen limité d'un pouvoir de décision complet.

Le pouvoir d'examen de la juridiction de recours peut être restreint quantitativement ou qualitativement.

Lorsque la limitation est quantitative, l'autorité de recours joue, par rapport au litige, le rôle d'un tribunal ordinaire, malgré le nombre restreint des questions qu'elle examine et qu'un critère qualitatif permettra de discriminer (questions de droit à l'exclusion des questions de fait, par exemple). Elle statue sur le procès qui a déjà été tranché mais n'en revoit que certains aspects. Le recours a effet dévolutif parce que l'autorité qu'il saisit assume une fonction qualitativement analogue à celle du tribunal inférieur, quantitativement restreinte seulement. Parfois le juge inférieur n'a tranché que des questions de droit, les parties étant d'accord sur les faits de la cause. Les deux juridictions accomplissent alors exactement le même travail.

Lorsque la limitation est qualitative, l'autorité de recours remplit une fonction nouvelle. Sa position par rapport au litige est différente de celle de la juridiction inférieure. L'objet de son examen et de son jugement est en rapport avec le litige soumis à la juridiction inférieure mais ne s'identifie pas à lui. Dans ces circonstances, le recours est privé d'effet dévolutif.

En un mot, l'effet dévolutif s'entend du transport total ou partiel de la cause au juge du recours. L'effet non dévolutif de la déduction en justice d'un nouveau droit, en rapport avec le litige originaire, mais qui ne s'identifie pas à lui ni à l'une de ses parties.

Dans ce sens strict, l'effet dévolutif et l'effet non dévolutif ne sont pas susceptibles de modalités. Tout recours est forcément doué ou privé d'effet dévolutif dans son intégralité. Le recours en réforme au Tribunal fédéral est dévolutif ; la requête civile française et la demande de révision neuchâteloise sont non dévolutives. Ces deux derniers moyens sont pourvus d'un effet dévolutif indirect dans la phase du rescisoire qui ne se communique pourtant pas à la véritable phase du recours, le rescindant. De même, le fait que le juge de renvoi après cassation réexamine le procès en tout ou en partie, ne

⁷ OJF art. 65. ATF 63 II 329; JT 1938 I 39.

touche pas à l'effet non dévolutif du pourvoi. Le recours en interprétation n'est pas non plus dévolutif.

Du caractère non dévolutif du pourvoi en cassation résultent des conséquences qui paraissent en opposition avec les principes les plus solidement établis de la théorie de la cassation. Le procès devant la Cour de cassation n'est pas le litige originaire, mais un thème nouveau. La prétention portée devant la Cour de cassation, de même que la cause de cette prétention et les moyens invoqués à son appui sont donc nouveaux par nécessité ! Nous le vérifierons dans ce paragraphe encore.

*

La doctrine enseigne que l'effet dévolutif et l'effet non dévolutif ont des incidences particulières et opposées sur les juridictions inférieures et supérieures⁸.

L'autorité saisie par un recours dévolutif aurait une obligation de rendre un nouveau jugement au fond. La règle ne se vérifie pas toujours. L'obligation de la juridiction de recours peut être modalisée. Celle-ci peut, parfois, renvoyer simplement la cause au juge inférieur, lorsque le recours est fondé et que certaines conditions sont réalisées⁹.

Qu'elle infirme ou confirme la décision, la juridiction saisie par un recours dévolutif doit rendre un jugement complet¹⁰. Quelle est l'étendue de cette obligation ? L'autorité peut-elle confirmer le dispositif et adopter par référence les motifs du jugement de première instance ? La jurisprudence française l'admet à l'encontre des critiques doctrinales¹¹. Cette pratique est contraire à la règle selon laquelle le jugement doit former un tout se justifiant par lui-même. Elle est dangereuse pour les plaideurs qui sont déclarés irrecevables en cassation lorsqu'ils joignent au pourvoi l'arrêt de la Cour d'appel seul et non le jugement de première instance qui contient les motifs¹². En droit, elle n'affecte pas l'effet dévolutif du recours. Mais, en fait, elle rapproche la procédure de seconde instance d'un simple contrôle de la décision de première instance, et l'appel tend à perdre son caractère dévolutif.

⁸ Morel, N° 633 ; Cornu et Foyer, 471 ; Cuche et Vincent, N° 432 et note 4 ; JT 1938 I 38 : « ... le Tribunal fédéral insiste sur l'effet dévolutif d'un moyen de droit, c'est-à-dire sur le fait que le recours transfère au juge supérieur le droit et l'obligation de revoir la cause dans son ensemble. »

⁹ OJF art. 64 et 65.

¹⁰ Mimin, *Le style des jugements*, 265 : « Confirmer un jugement c'est adopter son dispositif. Ce n'est pas nécessairement adopter ses motifs. Quand on confirme un jugement, il faut donc, en outre, ou énoncer des motifs propres, ou adopter les motifs du premier juge. »

¹¹ Bordeaux, 509 : « MM. Chauveau et Boncenne se sont aussi élevés contre cette manière paresseuse de motiver les arrêts : « adoptant les motifs des premiers juges, confirme ». Ils ont démontré ses dangers, nous n'y reviendrons pas. » BACCC 1949, N° 340, p. 422, par exemple.

¹² S 1950 I 115 ; Cass. civ., 8 février 1950.

Lorsque le juge inférieur a rendu sa décision, il est dessaisi relativement de la cause. Il en connaîtra de nouveau en cas de demande de rétractation ou d'interprétation. Lorsqu'un recours dévolutif est introduit, le dessaisissement devient absolu. La demande de révision ou d'interprétation concernant le nouveau jugement sera adressée à son auteur. Cette règle ne se vérifie pourtant que si la juridiction de recours rend un nouveau jugement sur l'objet du litige. Si la Cour d'appel renvoie en première instance, la demande d'interprétation ou de rétractation sera adressée au juge de renvoi qui est l'auteur du nouveau jugement.

Il convient de distinguer l'effet dévolutif, la règle *ejus est interpretari cujus est condere*¹³ et le caractère de la voie de rétractation. Chaque tribunal interprète et rétracte ses propres arrêts.

Lorsque la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance, même par simple référence à ses motifs, l'interprétation et la rétractation du jugement de la cause compétent à elle seule. Il en va de même lorsqu'elle rend une décision qui s'écarte de la solution adoptée par le juge de première instance.

La Cour de cassation interprète ses propres arrêts. Son arrêt de mal-fondé ne juge pas la cause. Le juge inférieur reste compétent pour rétracter et interpréter le jugement sur le fond. En cas de cassation sans renvoi, la rétractation et l'interprétation ne pourront être demandées qu'à la Cour suprême. Lorsqu'elle renvoie, la rétractation ou l'interprétation du nouveau jugement sur le fond compétent au juge de renvoi.

Lorsque l'instance de recours est introduite par un moyen dévolutif mais limité aux questions de droit (*appel in jure*, par exemple), l'interprétation du jugement sur un point de fait sera demandée au juge inférieur, son interprétation sur une question de droit, à la juridiction de recours.

*

La règle de la prohibition des demandes nouvelles¹⁴ en appel et en cassation vise en réalité les prétentions nouvelles¹⁵. La prétention portée devant la Cour d'appel doit être identique à celle qui a été déduite en première instance, mais la demande *stricto sensu*, renouvelée en appel, est nécessairement nouvelle.

La Cour de cassation statue sur une prétention nouvelle. Devant le premier juge, il n'aurait pas été possible de faire valoir un droit à l'annulation d'une décision à rendre. La prétention contestée devant le premier juge serait déclarée irrecevable devant la Cour de cassation si, par erreur, elle y était portée. Les demandes prohibées en cassation sont précisément les prétentions de cette dernière sorte et toutes celles qui seraient de même

¹³ Encyclopédie Dalloz, *Appel*, N° 610 a. Vizioz, 260.

¹⁴ S 1921 I 316; S 1922 I 292.

¹⁵ Morel, N° 38.

nature, bien que nouvelles. On ne peut faire valoir devant la Cour de cassation la prétention originaire, mais seulement une prétention, absolument distincte, à l'annulation du jugement.

La même prétention qu'on peut seule déduire en appel ne peut être portée devant la Cour de cassation. *A fortiori* les prétentions nouvelles par rapport à la prétention originaire ne peuvent être invoquées en cassation. Mais le fondement de cette interdiction en appel, de cette double prohibition en cassation, n'est pas le même.

Les demandes, c'est-à-dire les prétentions, nouvelles sont proscrites en appel afin de maintenir le principe du double degré de juridiction.

La double interdiction des demandes et des demandes nouvelles en cassation a son fondement dans le rapport technique de cette juridiction et du juge inférieur. Elle est une conséquence de l'effet non dévolutif du pourvoi. Elle est absolue. Elle ne comporte pas les exceptions que subit le principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel.

La demande nouvelle au sens traditionnel de ces termes est parfaitement concevable en appel. Elle l'est même tellement qu'il faut la prohiber et délimiter minutieusement les exceptions à cette interdiction.

Devant la Cour de cassation, les demandes nouvelles sont théoriquement inconcevables. Pratiquement, elles ne le sont pas, à cause de la limite très floue qui sépare les notions de cause de la demande et de moyen invoqué à l'appui de la prétention. Les moyens nouveaux sont prohibés mais parfaitement concevables en cassation ¹⁶.

*

¹⁶ Illustrons cette question importante par un exemple :

En première instance, A prétend une créance contre B. Il est débouté.

En appel, A peut prétendre à nouveau une créance contre B. Mais il ne serait pas recevable à se prévaloir maintenant d'un droit réel contre B. Cette demande serait nouvelle.

En cassation la prétention de A sera de nature toute différente. La question de l'existence de la créance n'intéresse pas la Cour de cassation; elle sera, le cas échéant, examinée par le juge de renvoi. *A fortiori*, A ne peut se prévaloir, à l'encontre de B, d'un droit de propriété par exemple. Il est seulement recevable à prétendre qu'il a droit à obtenir la cassation du jugement.

L'expression « demande nouvelle », employée inexactement dans le sens de prétention, désigne de surcroît deux choses différentes dans cet exemple. Le droit réel, prétendu en deuxième instance, est nouveau par rapport au droit obligationnel discuté en première. Le droit à obtenir la cassation est aussi nouveau par rapport au droit obligationnel. Mais ces deux droits nouveaux ne sont pas unis par un lien de même nature au droit de créance originaire. La nouveauté du droit réel par rapport au droit obligationnel est qualitativement différente de la nouveauté du droit à obtenir la cassation par rapport au droit de créance. Dans le premier cas, les deux droits prétendus successivement sont situés sur un même plan. Ils peuvent, hormis les règles de procédure, être substitués l'un à l'autre. Il n'en est pas de même dans le second cas : les deux droits ne sont pas sur le même plan.

La prohibition des moyens nouveaux fait partie du droit commun du pourvoi en cassation et de ses dérivés, le recours en réforme au Tribunal fédéral et la *Revision* du droit allemand¹⁷.

La Cour de cassation ne juge pas les parties mais les juges dans leur façon d'appliquer la loi¹⁸. Le jugement ne peut être cassé si le juge a respecté tous les commandements légaux. La cassation obtenue sur la base de moyens nouveaux contreviendrait à cette règle fondamentale; il incombe aux parties et non aux juges de rassembler les moyens à l'appui de leurs prétentions. Pour juger le jugement, la Cour de cassation se place dans l'état de saisine du juge inférieur au moment où il a prononcé la décision.

En fait, les moyens recevables en cassation sont nouveaux. Énoncée correctement, la règle de la prohibition des moyens nouveaux signifie que pour être recevable en cassation le moyen doit être tiré des prétentions et des moyens invoqués devant le juge du fond. Si le moyen invoqué devant le juge du fond est la responsabilité contractuelle, le moyen correspondant devant la Cour de cassation sera tiré de la violation du droit de la responsabilité contractuelle.

Devant le juge du fond, A réclame 100 fr. à B en contre-prestation de services rendus. Il est débouté. Il prétendra devant la Cour de cassation que le juge a commis une erreur de droit en considérant comme gratuit un contrat légalement onéreux. Il sera recevable, bien que les moyens et les prétentions invoqués successivement ne soient pas semblables. Sans soulever les mêmes moyens, A discute un même problème : le contrat est-il onéreux ou gratuit ?

En revanche, A ne peut invoquer en cassation la responsabilité délictuelle au lieu de l'obligation contractuelle et prétendre que la créance niée par le juge inférieur sur le plan contractuel doit lui être reconnue sur la base des articles 41 ss CO. Non seulement les moyens diffèrent, mais ils posent encore des problèmes juridiques tout à fait distincts, malgré la constance du montant de la prétention.

*

Le fondement de la règle en commande l'exception : les moyens d'ordre public peuvent être invoqués pour la première fois en cassation¹⁹.

Pour juger le jugement, la Cour de cassation ne doit pas se placer du point de vue effectif du juge inférieur mais du point de vue qu'il aurait dû adopter selon la loi.

¹⁷ CCC du 24 mars 1927 (Dubois/Nicolet) : « Les plaideurs ne peuvent soulever en cassation d'autres moyens que ceux invoqués devant le tribunal inférieur. » Morel, N° 666; Redenti, II, N° 170, p. 149; Rosenberg, § 142 II 2.

¹⁸ Calamandrei, II, N° 7 : « ... *Pergano superiore custodit ipsos custodes.* » Fabreguettes, 284.

¹⁹ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1126. Morel, N° 666. CCC V 19; VI 117. RJN I 48, 143, 215.

La Cour de cassation ne veille pas à l'établissement d'une justice subjective. Elle garantit une justice objective seulement. Ne jugeant que les juges, elle fait abstraction des erreurs des parties. Mais l'omission d'un moyen d'ordre public n'est pas imputable au seul plaideur, le juge devait le retenir d'office.

Le principe sainement compris de la recevabilité des moyens nouveaux d'ordre public n'est pas une véritable exception à la prohibition qui frappe les moyens ordinaires. Il en est plutôt le corollaire.

Quand un moyen est-il d'ordre public et échappe-t-il à l'objection de nouveauté ?

Le moyen est d'ordre public lorsque le juge doit en tenir compte d'office, selon la jurisprudence neuchâteloise. Le moyen tiré de l'incompétence absolue est d'ordre public, car le juge applique d'office les règles de compétence absolue. Le moyen tiré de l'incompétence relative n'est pas relevé d'office par le juge; il doit être invoqué par les parties *in limine litis*, sous peine de forclusion; il n'est donc pas d'ordre public.

La relation entre le caractère d'ordre public et le statut procédural du moyen est confuse. Quelle est la cause, quel est l'effet ? Tous moyens pris en considération d'office par le juge sont-ils d'ordre public ? Inversement, les moyens d'ordre public sont-ils toujours retenus d'office ?

Le statut procédural ne dicte pas la nature du moyen. Bien au contraire, la nature du moyen commande son statut procédural. C'est parce que le moyen est d'ordre public que le juge, gardien de l'intérêt général²⁰, le prend en considération d'office. Mais il n'y a pas un lien de nécessité entre le caractère d'ordre public et le statut procédural du moyen. Lorsque la loi ne révèle pas le caractère et le statut procédural d'un moyen, ou lorsque ce caractère et ce statut divergent, celui-ci seul est déterminant. Plusieurs règles pratiques s'ensuivent.

Le caractère d'ordre public ne suffit pas à rendre un moyen recevable pour la première fois en cassation. Il faut encore que le juge inférieur ait été mis en mesure de connaître et de vérifier les faits qui l'étaient. A défaut, l'omission du moyen d'ordre public n'est pas imputable au juge, une des conditions du statut procédural du moyen ne s'étant pas réalisée²¹.

Le moyen d'ordre public, que le juge ne doit pas retenir d'office mais à la requête de l'intéressé seulement, est irrecevable pour la première fois en cassation. L'hypothèse est rare mais concevable. En droit neuchâtelois, le moyen tiré de la violation d'une règle de forme prescrite par une disposition

²⁰ Morel, N° 18.

²¹ BACCC 1948 N° 152 p. 478; 1949 N° 999 p. 1115; DP 1932 110 note 1 : « La censure de la Cour de cassation ne peut intervenir que si les juges sont en faute d'avoir méconnu la loi. » Le terme « faute » est, à vrai dire, assez inexact, car la cassation ne suppose ni faute intentionnelle ni négligence du juge.

d'ordre public ne peut être invoqué pour la première fois en cassation. Ce moyen n'est pas retenu d'office par le juge du fond. Le plaideur intéressé doit le soulever « avant de suivre au procès »²².

Un moyen d'intérêt privé que le juge doit retenir d'office est recevable pour la première fois en cassation.

C'est en application de cette règle que la Cour de cassation neuchâteloise a justement déclaré : « Si l'article 60 ne permet à la partie adverse d'exciper de la nullité des actes accomplis par un représentant sans pouvoirs réguliers que jusqu'au jugement au fond, le représenté peut en revanche invoquer ce moyen par la voie du recours en cassation dans les dix jours dès celui où le jugement lui a été communiqué »²³.

Ce moyen d'intérêt privé devait être relevé d'office, car le juge a le devoir de contrôler la régularité de la procédure en tel domaine²⁴. Mais, devant le juge inférieur, le « représenté » seul disposait d'un véritable moyen. La partie adverse jouissait d'un droit de dénonciation seulement. Si elle avait partiellement succombé, celle-ci aurait-elle pu invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation l'irrégularité de la représentation ? La Cour de cassation le nie. Avec raison.

Lorsque le juge a l'obligation d'agir d'office pour motifs d'ordre public, toutes les parties sont lésées par son inaction. Elles disposent toutes d'un moyen. Elles peuvent l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation.

Lorsque l'obligation d'agir d'office se rapporte à une règle d'intérêt privé seulement, toute partie peut invoquer la violation de celle-ci devant le juge du fond. Ce faisant, elle ne soulève pas un véritable moyen. Elle dénonce seulement au juge des circonstances qu'il devait prendre d'office en considération. Devant la Cour de cassation, en revanche, il faut agir comme titulaire d'un moyen et non seulement comme dénonciateur.

Exemple intéressant du raffinement de la technique juridique ! Pour déterminer le statut procédural d'un moyen, il faut prendre en considération non seulement l'aspect quantitatif de l'intérêt collectif mais aussi l'aspect qualitatif de l'intérêt individuel juridiquement protégé.

Lorsque le juge retient à tort un moyen d'office, l'intéressé pourra invoquer l'excès de pouvoir. Mais il pourra aussi tirer de la question résolue à son insu une prétention à la cassation, si la solution est viciée par une erreur de droit. Il est recevable à se pourvoir sur ce moyen exactement comme s'il l'avait invoqué devant le juge du fait²⁵.

*

²² CPCN art. 76.

²³ CCC VI 197.

²⁴ CPCN art. 71.

²⁵ Chenon, 173, 174 : « Un moyen non invoqué par les parties pourra cependant n'être pas toujours un moyen nouveau. Si le juge du fond l'a suppléé d'office, la Cour de cassation pourra l'admettre. »

Le principe même qui prohibe les moyens nouveaux devant la Cour de cassation et fait une exception pour les moyens « d'ordre public », justifie la recevabilité des simples arguments juridiques nouveaux. Tous les arguments juridiques, développés ou non par les parties devant le juge du fond, sont recevables devant la Cour de cassation, pour peu qu'ils se rapportent à la cause ²⁶.

Ces règles techniques procèdent toutes du principe selon lequel la cassation du jugement ne peut se fonder que sur des vices imputables au juge.

La délimitation des tâches incombant aux parties et aux juges commande la prohibition des moyens nouveaux, l'admission des moyens d'ordre public et la recevabilité de tous les arguments juridiques devant la Cour de cassation.

L'allégation des prétentions et des moyens est laissée aux soins des parties et de leurs avocats. Le juge ne peut suppléer leur négligence ou remédier à leurs erreurs. Il n'examine que les moyens soulevés. Il doit les examiner tous, s'ils ne sont pas simplement subsidiaires.

Inversement, le juge examine tous les arguments juridiques. C'est un travail de technicien. Les omissions, les erreurs des parties ne modifient pas sa tâche. Il n'est pas tenu de répondre à tous leurs arguments. Il peut en retenir d'autres.

*

Les moyens et les arguments jouent un rôle important dans la théorie du pourvoi et plus généralement en droit judiciaire privé. Pour les définir, il est nécessaire de prendre en considération la notion de cause de la demande.

La nouveauté de l'un de ces trois éléments de la demande ou de la prétention produit des effets procéduraux différents.

Le changement de la cause transforme la demande. Elle devient irrecevable devant la Cour d'appel, en principe. Elle ne se heurte plus à l'exception de la chose jugée ²⁷.

Le moyen nouveau ne renouvelle pas la demande. Elle n'échappe pas à l'exception de la chose jugée. En revanche la prétention à cassation fondée sur un moyen nouveau est irrecevable.

L'argument juridique nouveau est recevable en appel et en cassation. Il ne permet pas d'éluder l'exception de la chose jugée.

²⁶ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1294; Morel, N° 469; Glasson, Tissier et Morel, III, 41; Cache et Vincent, 330, note 3; Crépon, II, N° 839, p. 213; Garsonnet et César-Bru, VI, N° 384, p. 676 : « Quiconque articule un moyen à l'appui de sa demande ou de sa défense met, par là même, les juges en demeure d'examiner tous les arguments qui militent en faveur de ses prétentions, et s'ils ont omis de viser et d'appliquer d'office à la cause un principe ou un texte de loi qui devrait servir à la juger, ce n'est pas faire valoir un moyen nouveau que de demander pour ce motif la cassation de leurs jugements. » S 1948 I 129; D 1948 375.

²⁷ Japiot, N° 622.

La cause de la demande est le « titre juridique »²⁸, le « fondement juridique » qui lui sert de base²⁹.

Le moyen *lato sensu* englobe, outre le moyen juridique *stricto sensu*, les moyens de preuve et les arguments³⁰. Le moyen *stricto sensu* est selon la jurisprudence de la Cour de cassation neuchâteloise « le principe juridique qu'on place à la base de l'action »³¹.

La même jurisprudence définit l'argument comme le « motif qui tend à appuyer les faits de la cause sur le moyen invoqué ». C'est là une acception étroite déjà. A côté de l'argument juridique, seul recevable en cassation, il y a les arguments de fait. Ils ont pour but de démontrer par exemple, à l'aide des résultats de l'administration des preuves, que tel événement s'est produit ou non.

Ces définitions ne dissipent pas tous les problèmes. Si on rapproche la définition de MM. Foyer et Cornu de celle de la Cour de cassation neuchâteloise, force est de reconnaître que le moyen s'identifie à la cause ! L'adultère, les injures graves, la responsabilité contractuelle, délictuelle, la nullité, la prescription, la compensation, l'illicéité, la crainte fondée sont tout à la fois des « titres juridiques », des « fondements juridiques », des « principes juridiques » et des « motifs juridiques » placés à la base de la prétention !

Pour pallier ces difficultés, le droit français a adopté en 1935 une nouvelle disposition en matière d'appel : « Ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes et des motifs différents »³². La doctrine a applaudi. Mais le problème éludé sur le plan pratique reste irrésolu en théorie. La nouvelle règle applique-t-elle le principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel ou étend-elle l'exception au principe ? Cette innovation n'a d'autre part pas d'incidence sur la notion de demande nouvelle en matière d'autorité de la chose jugée.

A nos yeux, la cause de la demande se situe sur le plan du fait juridique, le moyen sur le plan du droit. *Vizioz* l'admet implicitement au moins³³. La cause de la demande est l'ensemble des circonstances en vertu desquelles une partie allègue une prétention en justice. Ce n'est pas la cause *lato sensu*, la cause naturelle (un plaideur peut agir par colère, par manie...). C'est la cause objective, spéciale, selon Japiot : « le fait juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit au bénéfice légal que l'une des parties fait valoir, par voie d'action, de défense ou d'exception »³⁴. La cause de la demande n'est donc pas le « titre juridique », mais la situation de fait

²⁸ Cornu et Foyer, 405.

²⁹ Morel, N° 348 ; *Vizioz*, 258.

³⁰ Fabreguettes, 66 ; Encyclopédie Dalloz, *Chose jugée*, N° 169, les moyens sont « les arguments de fait et de droit qu'un plaideur apporte à la barre pour justifier sa prétention ». Cornu et Foyer, 407, 408.

³¹ CCC VI 54, 98 ; CCC V 501, 525 ; TC VI 408.

³² CPCFr. art. 464 al. 3.

³³ *Vizioz*, 258.

³⁴ Japiot, N° 1068.

invoquée par une partie à l'appui de sa prétention. La qualification de fait juridique convient parfaitement à la cause de la demande.

L'adultère, l'injure grave, la responsabilité contractuelle... sont des causes de la demande ou des moyens à son appui selon la façon de les invoquer. En substituant l'injure grave à l'adultère, la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle, une partie peut modifier le moyen ou la cause de sa demande, voire l'un et l'autre. Si le plaideur opère ces substitutions en considérant les mêmes faits, il change et renouvelle le ou les moyens. Il aura estimé, par exemple, que les faits invoqués n'étaient pas constitutifs de telle notion, mais de telle autre. Si, au contraire, la partie, qui a invoqué tel fait précis constitutif de la notion de contrat, invoque ensuite tel autre fait constitutif de délit, le moyen et la cause changent.

MM. Cornu et Foyer ³⁵ illustrent la diversité des circonstances constitutives de la « cause ». Elle pourrait consister en un texte de loi : « ainsi, devant la Cour de cassation le fondement juridique invoqué semble se ramener à un fondement légal ». La prétendue cause n'est en réalité qu'un moyen. La véritable cause de la demande en cassation est le fait constitutif de l'ouverture à cassation, l'erreur *in judicando* ou l'erreur *in procedendo* commise par le juge.

L'argument juridique, ou moyen de pur droit selon la jurisprudence et la doctrine française ³⁶, est aussi difficile à distinguer du moyen.

Le moyen est un agrégat d'arguments. L'argument est une cellule du moyen.

Le moyen est l'expression de la volonté légale. L'argument l'est aussi mais à un moindre degré. La responsabilité délictuelle est un moyen. La réalisation de la causalité adéquate, l'une des conditions de cette responsabilité, est un argument; on la démontre à l'aide d'autres arguments qui consisteront aussi dans la recherche de la volonté légale, objective, subjective, peu importe.

L'argument légitime le moyen. Le moyen motive la prétention. L'un et l'autre sont les instruments de la prétention.

Les arguments juridiques, dont il est question ici, relèvent du pur droit objectif (*lato sensu*), de la technique juridique. Ils ne consacrent pas en eux-mêmes un droit subjectif. Le moyen, au contraire, est générateur d'un droit. Il en est le support direct. Les arguments ne le sont qu'indirectement.

L'argument a un caractère accessoire que ne présente pas le moyen.

Ces différences sont à l'origine du régime procédural distinct des arguments et des moyens. Le moyen ne peut en principe être retenu d'office : il implique directement un droit subjectif; or, les parties ont la liberté de déterminer l'objet et la manière de leur prétention. En revanche, les arguments n'impliquent pas directement un droit subjectif. Le juge doit les

³⁵ Cornu et Foyer, 405.

³⁶ Solus, Cours, 806; Glasson, Tissier et Morel, III, N° 958, p. 489; Fabreguettes, 541, 542.

examiner d'office : ce faisant, il ne modifie ni l'étendue de la prétention ni la manière dont elle est portée en justice. Le moyen fonde le droit. L'argument permet seulement de vérifier si le droit est fondé ou non.

Il n'y a pas entre l'argument et le moyen une différence de nature mais seulement de technique. C'est souvent le statut procédural qui crée le moyen. La prescription est un moyen parce que l'intéressé qui veut s'en prévaloir doit l'invoquer *expressis verbis*. Elle s'analyserait en un argument si le juge devait l'examiner d'office, du simple fait que le débiteur refuse d'exécuter l'obligation. Le moyen réalise l'autonomie de la volonté *lato sensu*, la liberté, l'argument sert la contrainte.

Nous constatons alors de nouveau l'impropriété du langage juridique.

La cause du pourvoi est le fait irrégulier ou l'erreur imputable au juge du fond.

Le moyen, au sens propre, devant la Cour de cassation, est le principe légal qui sanctionne par la cassation certains vices déterminés affectant l'acte juridictionnel. La doctrine et la jurisprudence qualifient de moyens des éléments qui sont en réalité des arguments juridiques.

Le moyen invoqué devant le juge du fond n'est qu'un argument devant la Cour de cassation. Cet argument est recevable s'il est tiré d'un moyen invoqué devant le juge du fond ou que celui-ci devait retenir d'office.

Dans ce sens, on peut dire que les moyens sont toujours nouveaux devant la Cour de cassation.

*

Enfin, la Cour de cassation ne connaît que des questions de droit. Cette règle fondamentale est de l'essence du pourvoi³⁷. Elle se retrouve même dans les Etats qui ont une juridiction d'appel comme cour suprême. Les systèmes anglo-saxons tendent aussi à limiter le pouvoir d'examen de la cour suprême aux questions de droit³⁸.

Le principe ne signifie pas que la Cour de cassation ignore les faits de la cause. Elle ne pourrait guère juger les pourvois de cette manière³⁹. La Cour de cassation connaît les faits de la cause mais doit les accepter tels qu'ils ont été constatés, reconnus et appréciés par le juge du fond. La Cour de cassation ne contrôle que la manière dont le juge du fond a résolu les questions de droit soulevées par le litige.

³⁷ Morel, 514; Cuhe et Vincent, 435; Crépon, III, N° 41, p. 16; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 119; Garsonnet et Cézard-Bru, V, N° 1108; Perrin, 150; Schwinge, I; Balsiger, 35; Guldener, th., 134; CCC I 156, 171, 213, 231, 267, 282; CCC II 146, 211, 227, 264, 306, 391; CCC III 126, 140, 159, 310; CCC IV 358, 359; CCC V 435; CCC VI 240; RJN II 5, 39, 69. ATF 79 II 50; JT 1954 I 294.

³⁸ Ancel, 297.

³⁹ Glasson, Tissier et Morel, I, 258.

Le Code de procédure civile neuchâtelois de 1878-1882 énonçait expressément le principe ⁴⁰. Il fut biffé au moment de l'introduction du déni de justice parmi les ouvertures à cassation. « Le dernier alinéa... disant qu'il n'y a jamais lieu à recours en cassation pour fausse appréciation des faits, a été retranché. Un déni de justice peut en effet avoir le caractère d'une fausse appréciation de fait. Cette suppression ne change rien au principe admis; et cette suppression ne signifie nullement que la Cour pourra revoir les faits admis comme constants par le jugement attaqué. La règle que l'alinéa supprimé reproduisait reste intacte pour tous les recours qui ne sont pas fondés sur un déni de justice. Cela résulte suffisamment de l'énumération limitative contenue à l'article 381 (ouvertures à cassation). Les causes de cassation toutes supposent, à l'exception du déni de justice, une erreur de droit ou une fausse application de la loi et excluent la fausse appréciation des faits » ⁴¹.

Le problème de la distinction du fait et du droit est étroitement lié au pouvoir de décision et à la fonction de la Cour de cassation, qu'il convient d'étudier préalablement.

§ 2. LE POUVOIR DE DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION.

Le pourvoi en cassation se distingue de la voie de rétractation qui permet de critiquer le jugement devant son auteur même. Les ouvertures à requête civile, voie de rétractation, voisinent en droit français avec les ouvertures à cassation ⁴². Cette parenté n'est pas étonnante. La requête civile constitue une sorte de recours en nullité. Or, le pourvoi et le recours en nullité se sont mutuellement influencés en raison d'affinités techniques et malgré leurs caractères différents.

La voie de rétractation est instituée par nécessité ou par opportunité. L'auteur du jugement seul peut corriger certains vices de l'acte juridictionnel. Le recours à la juridiction supérieure est exclu. Pour certains autres vices, la voie de rétractation offre des garanties suffisantes d'impartialité, de sorte que la voie de recours à la juridiction supérieure est superflue. Le juge *a quo* peut fort bien redresser les erreurs imputables aux parties ou à des tiers, voire à une inadvertance de sa part.

La voie de recours à la juridiction supérieure centralise les décisions judiciaires. En contrepartie, elle dirige le litige vers une fin de plus en plus incontestable. Elle doit être accordée rationnellement, de manière à ce que

⁴⁰ CPCN 1878-1882, art. 392 al. 2 : « Il n'y a jamais lieu à recours en cassation pour fausse appréciation des faits. »

⁴¹ BGC LXX 257.

⁴² Plassard, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*.

les juridictions supérieures ne soient saisies que des problèmes tranchés par les juges inférieurs et qu'elles ne soient pas surchargées.

Ces raisons entrent en considération dans la structure du pourvoi.

Il saisit une juridiction supérieure. Il sanctionne des défauts imputables aux juges exclusivement. La Cour de cassation juge les juges. Il convient donc que les juges de cassation ne soient pas les juges du fond.

Le pourvoi centralise les décisions judiciaires en main de la juridiction suprême. Il assure de cette manière l'uniformité de la jurisprudence. Les magistrats les plus qualifiés d'un pays peuvent ainsi donner leur avis sans être influencés par les passions qui agitent les tribunaux inférieurs ⁴³.

L'accès à la Cour de cassation doit être minutieusement aménagé, sévèrement à certains égards vu l'énorme volume d'affaires, libéralement à d'autres, de sorte que toutes les questions sur lesquelles il importe que la Cour de cassation se prononce soient recevables.

Contrairement aux voies de rétractation et de réformation, la voie de cassation n'aboutit pas directement à un nouveau jugement se substituant à celui qui a été attaqué. La Cour de cassation ne dispose pas d'un pouvoir de réforme. Il appartient au juge de renvoi. C'est une règle fondamentale du pourvoi ⁴⁴. S'il est fondé, il procure finalement la réformation du jugement attaqué. Mais celle-ci fait l'objet d'une procédure distincte de celle de cassation proprement dite.

On ne peut discerner, dans la procédure d'appel, une première phase qui serait le rescindant et une seconde qui serait le rescisoire. La simple introduction de l'appel réalise le rescindant. La procédure d'appel entière constitue le rescisoire. Elle tend dès son point de départ, et en toutes circonstances, si le recours est recevable, à un nouveau jugement.

La procédure de la requête civile en droit français, de la demande en révision en droit neuchâtelois, comporte au contraire un rescindant et un rescisoire. Dans celui-là, on juge le recours. Dans celui-ci, on juge à nouveau le litige, si le recours a été déclaré bien fondé à l'issue du rescindant.

On peut faire un parallèle entre la requête civile et le pourvoi en cassation. Au rescindant correspond la procédure devant la Cour de cassation, au rescisoire, la procédure devant le juge de renvoi.

La disjonction du rescindant et du rescisoire cause des pertes de temps et des frais ⁴⁵. Serait-elle justifiée par le souci de l'intérêt des justiciables ?

⁴³ Glasson, Tissier et Morel, I, 259.

⁴⁴ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 331, p. 591 : « ... le renvoi devant une autre juridiction... est aujourd'hui le caractère essentiel de la cassation »; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N°° 111, 112; Matti, Zpr., 1121; Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, 151; Guldener, Zpr., 501; CCC du 9 juin 1954, N° 2968 (Sté suisse d'assurance pour le mobilier/Pétremand); CCC du 19 juillet 1948, N° 2483 (Walsler/Barfuss).

⁴⁵ Guldener, Zpr., 501.

Le dessein du demandeur en cassation varie. En général, la seule annulation du jugement n'est pas une fin en elle-même ⁴⁶. Elle constitue un moyen indirect de rouvrir la contestation pour obtenir un jugement plus favorable. Il arrive pourtant que la seule cassation satisfasse entièrement le recourant, lorsque le juge du fait a commis un excès de pouvoir par exemple.

La phase du rescisoire n'a pas lieu non plus devant le juge de renvoi parce que tel serait l'intérêt des parties. C'est bien là la justification du recours en nullité. Les motifs de nullité visent des irrégularités qui empêchent de considérer l'instance précédente comme achevée. Le renvoi consécutif assure donc le respect et le véritable épuisement des instances. On ne peut transposer cet argument au pourvoi en cassation. Il n'ouvre pas une troisième instance et ne sanctionne pas des vices qui mettent obstacle à l'épuisement de la dernière instance.

La disjonction du rescindant et du rescisoire ne se justifie pas par le souci de l'intérêt des parties, mais par la fonction de la Cour de cassation qu'il faut examiner maintenant.

*

La Cour de cassation assume aujourd'hui encore sa fonction originelle : la défense du droit objectif ⁴⁷, de la puissance souveraine, de la volonté du roi sous l'Ancien régime, de la loi depuis la Révolution. La seule violation de la loi est sanctionnée pour elle-même indépendamment de son incidence sur l'harmonie de la jurisprudence, incidence qui peut être minime, négligeable, lorsqu'elle est le fait d'un juge inférieur statuant en premier et dernier ressort.

Cette fonction a évolué. Le pourvoi en cassation ne protège plus la personne et la volonté du roi, ni le législateur dans sa personne et dans ses intentions réelles, mais la volonté légale objective. Cette fonction a un fondement individualiste : le principe de l'égalité devant la loi.

La défense du droit objectif constitue une protection des droits subjectifs individuels, non seulement des droits de procédure, mais aussi des droits de fond. Mis à part le pourvoi dans l'intérêt de la loi, la recevabilité du recours en cassation suppose toujours la lésion d'un droit subjectif.

La fonction par excellence de la Cour de cassation est le maintien de l'unité de la jurisprudence. La Cour de cassation ne veille pas au maintien de l'unité du droit. Le législateur seul peut la réaliser. Un droit unifié reste

⁴⁶ Provinciali, 7 : « La cassazione della sentenza, come risulta della stessa espressione eminentemente negativa, non può esser fine a sé stessa : non è che il tramite onde pervenire al riesame della lite devoluto al giudice di rinvio. »

⁴⁷ Calamandrei, II, N° 19, 45; N° 42 : « Non credo peraltro, quantunque lo scopo di unificazione della giurisprudenza sia oggi prevalente anche nella nostra cassazione, che lo scopo di nomofilachia possa senz'altro essere considerato come una sopravvivenza storica che non abbia alcuna ragione d'essere nella concezione più moderna dell'istituto. »

tel indépendamment de l'application qui en est faite. Mais la Cour de cassation parachève indirectement le dessein de l'unification, un même droit objectif appliqué également pour tous. Il n'y a pas de différences réelles entre un droit objectif unifié mais inégalement appliqué, et une pluralité de systèmes juridiques en vigueur sur un même territoire. La première de ces situations est même plus fâcheuse que la seconde. Elle n'assure pas l'égalité relative que peut réaliser, dans la diversité, une pluralité d'ordres juridiques. La Cour de cassation accomplit sa tâche négativement par la suppression des décisions dissidentes, positivement par l'élaboration de sa propre jurisprudence, activement par les directives, les solutions implicites et explicites qui ressortent de ses arrêts.

Devant le nombre immense de règles et de principes juridiques posés par la Cour de cassation, il est légitime de se demander si la jurisprudence de la Cour suprême constitue une source formelle du droit.

La valeur de la jurisprudence des Cours suprêmes est essentiellement insaisissable. Elle varie de pays à pays. Entre les pays de *common law* qui connaissent le système du précédent obligatoire et les pays héritiers du droit romain qui accordent un rôle moins important à la jurisprudence, on trouve des situations intermédiaires. Nous citerons, à titre d'exemple, la « doctrine légale » du droit ibérique. La règle de droit formulée par deux décisions successives de la Cour de cassation espagnole équivaut à une norme légale. Sa violation ouvre le pourvoi comme la méconnaissance d'une disposition légale⁴⁸. A l'échelle de chaque pays ensuite, le problème est controversé. A ces difficultés s'ajoute le fait que le rôle de la jurisprudence varie en fonction des matières juridiques. Une loi nouvelle et bien faite n'appelle pas de grands développements jurisprudentiels. Le rôle de l'interprétation judiciaire s'accroît à mesure du vieillissement de la loi.

La Cour de cassation jouit incontestablement d'une sorte de pouvoir législatif⁴⁹. Sa jurisprudence forme un véritable droit prétorien⁵⁰. Son autorité de fait équivaut presque à la force de la loi⁵¹. Mais, cela suffit-il à placer la jurisprudence de la Cour suprême au rang des sources formelles du droit ? Gény répond négativement. La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut rien entreprendre sur la fonction législative⁵². M. Roubier est d'avis contraire⁵³. Il place la jurisprudence de la Cour de cassation

⁴⁸ Herzog, 10, 185.

⁴⁹ Célice, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation*, 4 : la Cour suprême est « investie d'une sorte de pouvoir législatif immanent... »

⁵⁰ Rousselet, *Histoire de la justice*, Paris 1941, p. 123.

⁵¹ Ancel, 300 : « Il est certain que, partout, l'autorité de fait des décisions de la Cour suprême est très supérieure à leur autorité de droit, et que les tribunaux de tous les pays ont une tendance de plus en plus grande à se conformer aux règles d'interprétation qui émanent de la Cour suprême. »

⁵² Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 146, 149, p. 455.

⁵³ Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Paris 1946, p. 5.

immédiatement après la loi, avant les règles doctrinales et les règles coutumières. « Cependant, même ceux qui ont admis la jurisprudence au rang des sources du droit, ne l'ont souvent admise que sous la forme d'un droit coutumier, tirant son autorité de l'accumulation des précédents. Mais ce n'est pas rigoureusement exact : car ce n'est pas, comme pour la coutume, le nombre des précédents qui est en cause mais plutôt leur qualité. On ne peut en effet négliger le caractère hiérarchique de l'organisation judiciaire, en vertu de laquelle l'autorité des arrêts de la Cour de cassation s'impose fatalement aux juridictions inférieures, et surtout l'autorité des arrêts de cette Cour rendus toutes chambres réunies »⁵⁴.

L'autorité de fait de la jurisprudence des Cours suprêmes ne se fonde pas sur une autorité de droit qui seule permettrait de la placer au rang des sources formelles⁵⁵. On ne peut non plus arguer que l'arrêt de cassation lie le juge de renvoi, puisque ce caractère obligatoire, là où il existe, ne vaut que dans le cadre du litige. Le rôle général de la jurisprudence de la Cour suprême dans ces législations ne s'en trouve pas renforcé. La contravention à la plus solide jurisprudence n'ouvre pas le pourvoi en cassation. Pourtant, elle entraînera très souvent l'annulation par la voie du raisonnement qui était le point de vue jurisprudentiel et qui a justifié les cassations antérieures.

La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas créatrice mais révélatrice du droit. Elle n'a donc pas sa place parmi les sources formelles du droit. Le rôle de la jurisprudence ne doit pas être envisagé en lui-même, mais en fonction de la notion de loi. Or, la loi au sens moderne n'est plus la loi au sens révolutionnaire. A l'aurore de l'ère législative, de la législation uniforme, la notion de loi est très matérialiste. La loi s'identifie à l'écrit, à l'article, au code, au texte de loi. L'évolution du donné sur lequel la loi a été élaborée a modifié cette notion. La lettre, le texte de la loi, le code deviennent une incarnation fort imparfaite de la loi. Au lieu de rechercher la volonté réelle du législateur, l'interprète se donne pour tâche la recherche d'une volonté objective, d'une volonté de législateur raisonnable. L'École de la libre recherche scientifique succède à l'École de l'exégèse. La loi ne s'identifie plus alors à son texte. Elle a un esprit. L'évolution ne s'est pas achevée là. L'observation de la réalité juridique actuelle permet de constater qu'après la conquête de son texte puis de son esprit, lequel peut avoir une force égale voire supérieure à sa lettre, la loi a acquis finalement une vie propre, une volonté autonome⁵⁶. La volonté, la vitalité de la loi ne s'identifie pas à son esprit ni à la notion plus large de droit.

⁵⁴ Roubier, *op. cit.*, 7.

⁵⁵ Enneccerus, Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 14^e édition, Tübingen 1952, erster Halbband, 168.

⁵⁶ Lange, *BGB allgemeiner Teil*, 4^e édition, Munich et Berlin 1958, § 7 : « Durch die Entscheidung der Gerichte wie durch die Arbeit der Rechtswissenschaft wird das Recht fortgebildet, altes Recht stirbt ab, neues Recht bildet sich... » Enneccerus, Nipperdey, *op. cit.*, 124, 128, 133, 168, 194, 197, 199, 207, 213.

ATF 67 II 236; JT 1952 I 246 : « Dès son entrée en vigueur, la loi prend une existence propre, indépendante de la volonté du législateur ».

La notion de loi est fondamentale pour la compréhension du rôle de la Cour suprême parmi les sources du droit (*lato sensu*). La Cour de cassation ne sanctionne plus l'application de la loi selon son texte et son esprit originels, selon le sens qu'elle avait il y a un siècle et demi. La loi évolue chaque jour. Comme l'être vivant, elle perd chaque jour une partie de sa substance première au profit d'une teneur nouvelle. Les textes des législations napoléoniennes demeurent, mais une spiritualité moderne a succédé à leur spiritualité première. Le pourvoi en cassation moderne est né immédiatement après les grandes codifications. Ce n'est pas une coïncidence due au hasard. Il ne faut jamais perdre de vue que le pourvoi est le corollaire de la loi.

Dans cette perspective on comprend que la gardienne de l'uniformité de la jurisprudence dans l'espace doit veiller au contraire à une certaine mobilité d'application du droit dans le temps. La Cour de cassation ne défend pas la loi par principe. Elle doit l'adapter aux évolutions du donné sur lequel elle a été construite⁵⁷. Non seulement elle l'interprète librement, mais elle recherche encore sa volonté vivante, autonome, incarnée dans un texte sans doute, mais dont ce texte n'est pas l'élément primordial.

Conséquence naturelle de ces diverses fonctions, la Cour de cassation trace la voie des législations de l'avenir. Le législateur trouve dans la jurisprudence de la Cour suprême la source principale de son inspiration et les formes nouvelles à donner aux lois anciennes.

En outre, la Cour de cassation veille à la régularité des procès. Cette dernière tâche est particulièrement importante en droit neuchâtelois. La partie essentielle de la jurisprudence de la Cour de cassation neuchâteloise se rapporte à l'application du droit judiciaire privé. Comme cour cantonale, elle joue un rôle de second plan en matière de droit de fond. Elle ne peut garantir une jurisprudence uniforme au-delà de son ressort territorial. En raison de la subsidiarité (parfaitement normale) du pourvoi par rapport aux principaux recours fédéraux, nombre de questions échappent à la connaissance de la Cour de cassation neuchâteloise. Elle assure avant tout l'uniforme application du droit cantonal, dont la violation, on le sait, ne donne pas ouverture à la juridiction fédérale.

*

L'arrêt de la Cour de cassation a une portée générale et une portée concrète. Il en va de même de tout jugement. Mais l'intensité respective de ces deux éléments varie suivant l'auteur de l'acte juridictionnel. Les jugements des tribunaux inférieurs importent moins en général comme exemple

⁵⁷ Calamandrei, II, N° 21 : « *Uniformità del diritto non vuol dire immobilità del diritto, il quale, come tutte le manifestazioni dello spirito umano si svolge ininterrottamente attraverso un continuo divenire* ».

juridique. Ils règlent avant tout le litige. L'arrêt de la Cour de cassation est au contraire aussi important d'un point de vue que de l'autre.

L'arrêt de la Cour de cassation sur la recevabilité comme sur le bien-fondé du pourvoi a les effets de tous jugements. Il constate, crée, modifie ou maintient des droits subjectifs individuels.

La cassation a un effet négatif : elle supprime sans reconstruire un équivalent. Elle présente aussi un aspect positif. Elle révèle plus ou moins précisément l'issue du litige devant le juge de renvoi. L'arrêt moderne de cassation contient indéniablement ce caractère positif, en droit français comme en droit neuchâtelois. Le pourvoi neuchâtelois en fut toujours pourvu, même durant la période du Juge d'ordre. Le pourvoi français en était privé dans la conception révolutionnaire.

La qualité et l'intensité de l'aspect positif varient. Si le juge du fond était placé devant une alternative, la cassation de son jugement implique que la solution inverse devait être adoptée. Il résulte de la cassation fondée sur le fait que la causalité adéquate a été retenue à tort dans un procès en responsabilité, que la causalité naturelle seule était donnée. Si par contre le problème juridique posé au juge du fond est susceptible d'une pluralité de solutions (de quel contrat s'agit-il, par exemple), la critique de la solution adoptée ne révèle pas la solution juste aux yeux de la Cour. L'effet positif atteint son point extrême dans les législations qui lient le juge de renvoi aux considérants juridiques de l'arrêt de cassation. L'effet négatif de l'arrêt de cassation est toujours identique à lui-même qualitativement. Quantitativement, il peut varier, même dans le système (adopté par la jurisprudence neuchâteloise) de la cassation totale.

La portée de l'arrêt de la Cour de cassation en dehors du litige varie aussi.

L'arrêt de la Cour de cassation, quel qu'il soit, crée un lien d'imputabilité, au sens kelsenien du terme, entre un fait et une conséquence juridique. En même temps qu'un droit est tranché, une ou plusieurs règles juridiques sont appliquées. La recevabilité du pourvoi est distincte de la recevabilité de l'action originaire. En l'examinant, la Cour de cassation ne juge pas encore les juges. Cependant la décision sur la recevabilité importe autant, sur le plan doctrinal, que la décision sur le bien-fondé du recours.

L'arrêt de cassation a une valeur particulière pour l'unité de la jurisprudence. C'est un acte grave et minutieusement motivé. Il manifeste au plus haut point le lien d'imputabilité entre le fait et la sanction.

Ce lien est moins net dans l'arrêt de confirmation, de non cassation. Il ne résulte pas *a contrario* que la Cour de cassation approuve la solution adoptée. Liée aux moyens invoqués par les parties, elle n'exerce pas un contrôle intégral sur la décision attaquée. Celle-ci peut, malgré l'arrêt de confirmation, présenter des irrégularités ou des erreurs qui eussent motivé la cassation si le recourant les avait soulevées.

L'importance jurisprudentielle de l'arrêt de la Cour de cassation dépend

aussi de la question qu'elle tranche, de l'étendue et de la qualité de sa motivation. Des solutions implicites ressortent de certaines décisions. La Cour de cassation laisse parfois entrevoir son opinion sur des questions qui n'intéressent pas directement le cas concret. Mais, consciente de sa haute mission, elle évite les considérations surabondantes pour se limiter à la motivation strictement nécessaire. Pour regrettable que cela paraisse, du point de vue doctrinal, il faut se rappeler que la qualité de son arrêt en dépend. Les « vues » et les spéculations juridiques sont l'apanage de la doctrine. Détachées d'un cas concret, elles courent le risque d'être erronées. Le développement, l'interprétation du droit par la jurisprudence ne doit s'effectuer que sous l'impulsion des nécessités pratiques.

En droit français, les circonstances du délibéré (les décisions rendues en chambre du conseil jouissent d'une autorité particulière), et la formation en laquelle la Cour a siégé (chambres civiles, assemblée plénière civile, chambres réunies) sont d'autres facteurs encore de l'importance de l'arrêt.

*

En connaissance des fonctions qu'assume la Cour de cassation, on comprend plus aisément les raisons de son pouvoir spécial de décision et la nature fondamentale du pourvoi.

Sous l'Ancien Régime, la justice est rendue au nom du roi. A une époque très reculée, cette règle signifie que le roi rend lui-même la justice. Par la suite, l'administration de la justice est confiée aux tribunaux et aux parlements. Le roi se réserve seulement le droit d'avoir « le dernier mot ». La justice rendue par le roi s'est transformée en une justice rendue au nom du roi⁵⁸. Le recours au Conseil des parties est le corollaire de cette seconde idée. Le droit d'évocation qui l'accompagne témoigne de la survivance de la première.

La Révolution française perfectionne le système. La personne au nom de laquelle la justice est administrée ne peut en aucune manière la rendre elle-même. Les jugements au nom du peuple souverain et au nom de la loi ne peuvent être rendus par le peuple ou par le législateur. Les trois pouvoirs placés sur pied d'égalité ne peuvent se donner des ordres. Mais ils doivent se respecter. La garantie de ce respect incombe partiellement à la Cour de cassation (Tribunal de cassation). Pour ce motif, elle fut conçue tout d'abord comme un tribunal « auprès du corps législatif », comme un organe neutre, comme un quatrième pouvoir en quelque sorte. L'extrême limitation de sa compétence et de son pouvoir de décision compensait sa suprématie. La Cour de cassation réalise l'idée d'une justice administrée

⁵⁸ Bordeaux, 128, 129 : « Autant il est salutaire que les abus de pouvoirs puissent être dénoncés à celui qui peut y mettre ordre, autant il serait dangereux que le prince vidât lui-même les procès privés, sans forme, et sans connaissance du droit. »

au nom d'une personne qui ne peut la rendre elle-même. C'est pourquoi elle n'a pas hérité du droit d'évocation du Conseil des parties.

Cette idée d'origine monarchique (elle existait alors par simple nécessité pratique), perfectionnée par la Révolution, a évolué encore par la suite. La Cour de cassation s'est intégrée au pouvoir judiciaire. Elle s'est transformée en une véritable juridiction, mais en une juridiction à fonction spéciale⁶⁹. Aujourd'hui, la fonction spéciale et la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation sont placées sur un pied de parfaite égalité, exception faite des pourvois dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir, inconnus l'un et l'autre en droit neuchâtelois.

Conséquence rigoureuse de ce double rôle, la Cour de cassation ne fonctionne que lorsque l'intérêt général auquel elle veille dans sa mission spéciale et l'intérêt individuel qu'elle protège comme juridiction, le requièrent simultanément.

Des auteurs méconnaissent la nature fondamentale de la juridiction de cassation en prétendant que le pourvoi est institué dans l'intérêt général et non dans l'intérêt individuel⁶⁰.

Il n'y a jamais, dans la technique et les principes du pourvoi, divergence entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Au contraire, il est recevable seulement dans la mesure où il y a convergence de l'intérêt général et d'un intérêt individuel⁶¹. En l'absence d'intérêt général, l'activité de la Cour de cassation cesse. Sa mission est remplie ou elle n'a plus à la remplir. Cela se produit dès que la Cour de cassation a prononcé l'annulation d'un jugement. Un intérêt individuel seulement met en mouvement le procès sur renvoi devant la juridiction inférieure, c'est pourquoi la Cour de cassation s'en désintéresse. Inversement, à défaut d'intérêt individuel, la Cour de cassation ne peut statuer. La recevabilité du pourvoi est soumise comme celle de tout autre recours à la condition générale de l'intérêt⁶². Le recourant ne peut invoquer que les irrégularités ou les erreurs qui lui nuisent, mais non celles qui le favorisent.

Les termes « intérêt général » et « intérêt individuel » sont employés à titre de formules. Ils ne divergent pas nécessairement. La satisfaction de l'intérêt général au respect et à l'égal application de la loi constitue aussi la satisfaction d'un intérêt individuel⁶³. Néanmoins, l'intérêt individuel

⁶⁹ Calamandrei, II, N° 77 : « *Organo di controllo sui giudici inferiori, la Corte di cassazione continua dunque, ad essere anche oggi : ma per esercitare nel modo più fruttuoso questo suo controllo, esse si adatta ad apparire, di fronte ai privati litiganti, come vero e proprio organo giurisdizionale che serve ai loro interessi individuali.* »

⁶⁰ Faye, par exemple, minimise la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation lorsqu'il écrit, p. 12, « Ses justiciables ne sont pas en réalité les parties, dont l'intérêt n'est qu'accessoirement engagé devant elle, mais les arrêts envisagés uniquement dans leur rapport avec la loi. »

⁶¹ Calamandrei, II, 152, 157, 158.

⁶² CCC VI 241.

⁶³ Gorphe, 59 : « La constance des décisions apporte la sécurité dans les rapports d'affaires, aussi est-elle très désirée des plaideurs et des hommes d'affaires. »

s'oppose souvent à l'intérêt général. L'intérêt du plaideur est de gagner le procès, même s'il est plutôt d'obtenir justice sur le plan moral. L'intérêt général réside dans l'application correcte de la loi. Un des plaideurs a toujours intérêt à ce que le juge applique faussement la loi. L'autre, au contraire, a intérêt à une saine application. En cas d'erreur ou d'irrégularité, la convergence de l'intérêt général et de l'intérêt individuel se réalise sur la tête de celui-ci.

Cette pleine égalité de la nature juridictionnelle et de la fonction spéciale de la Cour de cassation fonde tous les principes et toute la technique du pourvoi.

*

Garsonnet et Cézard-Bru expliquent la structure du pourvoi par la nature disciplinaire de la juridiction de cassation⁶⁴. Ils constatent qu'à côté des devoirs de la vie privée et de la vie publique, le magistrat assume des obligations fonctionnelles. Il y a une discipline dans la manière de juger comme il y en a une dans la manière de se conduire. La fonction essentielle de la juridiction de cassation serait de veiller au respect de cette discipline fonctionnelle⁶⁵. Les ouvertures à cassation, la règle selon laquelle la Cour de cassation ne connaît que des questions de droit, l'irrecevabilité du pourvoi contre les actes de juridiction gracieuse, la délimitation des domaines respectifs du pourvoi et de la requête civile, procéderaient de la nature disciplinaire du pourvoi en cassation.

Cette conception a suscité de vives critiques⁶⁶. L'erreur est trop évidente pour nous retenir longtemps.

Si le pourvoi était construit sur cette fonction disciplinaire, toutes les violations de la discipline fonctionnelle, et elles seules, devraient donner ouverture à cassation. La règle ne se vérifie pas.

ceux-ci y tiennent particulièrement, afin d'être à même de guider leurs clients et leur donner des avis sur les chances du procès. Ceci présente non seulement un intérêt pécuniaire à une époque où les procès sont devenus si coûteux, mais aussi un intérêt moral : quoi de plus pénible que l'incertitude ? »

⁶⁴ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 341 à 345, p. 604 ss.

⁶⁵ *Ibid.* N° 341 : « Le pourvoi en cassation m'apparaît, dans ces conditions, sans doute comme une voie de recours organisée en faveur des plaideurs, mais aussi, et, même, surtout, comme une voie de recours dirigée contre le juge. La Cour de cassation m'apparaît comme faisant fonction de supérieur hiérarchique, par rapport à tous les tribunaux de l'ordre judiciaire, auxquels elle est chargée de rappeler, et, au besoin d'imposer l'accomplissement de leurs devoirs. »

⁶⁶ Vizios, 44, 45, à propos de la conception de Garsonnet et Cézard-Bru : « Il est difficile de méconnaître plus complètement la nature juridictionnelle du recours en cassation. »

Glasson, Tissier et Morel, N° 933, p. 447 : « C'est dans tous les cas, à tort et par suite d'une grande exagération que certains auteurs ont voulu lui reconnaître un caractère disciplinaire. Cela n'est vrai que pour le recours exercé par le ministère public, sur l'ordre du Gard des sceaux, pour excès de pouvoir... Le caractère disciplinaire n'est qu'accessoire et indirect ; il apparaît surtout dans la disposition de l'arrêt qui ordonne qu'il sera transcrit en marge de la décision cassée. »

L'erreur *in judicando* qui ouvre le pourvoi ne suppose ni une faute ni une négligence. Elle est parfois tout le contraire d'une indiscipline. En face d'une question délicate, le juge du fond peut avoir suivi la plus scrupuleuse méthode, s'être entouré de toutes les opinions et encourir la cassation malgré cela. On reconnaît que l'intervention de la Cour de cassation dans les problèmes juridiques controversés se justifie particulièrement. Dans ces cas, loin de sanctionner une indiscipline, la Cour de cassation vient en aide aux juges inférieurs.

Toutes les erreurs *in procedendo* constituent une violation de la discipline fonctionnelle, qu'elles aient pour objet une règle d'ordre pur ou une règle essentielle. Or, seule la transgression des règles substantielles ouvre le pourvoi en cassation.

Pourquoi enfin, la discipline fonctionnelle serait-elle contrôlée à propos des questions de droit exclusivement ? Il existe aussi une discipline fonctionnelle dans l'appréciation des faits.

On se rend compte des déviations que subirait le pourvoi s'il était développé conformément à cette conception. Le champ des erreurs *in procedendo* constitutives d'ouvertures à cassation serait élargi. Celui des erreurs *in judicando* serait restreint. Le principe de l'interdiction des questions de fait devant la Cour de cassation ne subsisterait peut-être pas.

Il est exact que la Cour de cassation juge les jugements. Il est faux par contre de dire que le pourvoi est dirigé contre les juges inférieurs qui ont rendu la décision. Ceux-ci seront éventuellement appelés à donner des explications devant la Cour de cassation. Mais leur rôle s'arrête là. Ils n'encourent aucune peine disciplinaire. Ils ne supportent jamais les frais de la procédure de recours ou de la procédure qui se trouve anéantie par la cassation. Ces frais sont à la charge exclusive des plaideurs devant la Cour de cassation.

La cassation peut constituer une sanction morale, mais non une sanction disciplinaire pour le juge. Le nombre des cassations ne doit pas jouer un rôle dans l'avancement des magistrats. Les juges inférieurs doivent pouvoir rester indépendants de la juridiction supérieure ⁸⁷.

⁸⁷ Notons qu'en Turquie, l'avancement des juges, jusqu'en 1940, dépendait de la proportion des jugements confirmés par rapport aux jugements cassés par la Cour de cassation. Depuis 1940, la Cour de cassation donne une note à tout jugement dont elle connaît. C'est le pourcentage des notes obtenues qui détermine l'ordre de priorité dans le tableau d'avancement. (*Annuaire de législation étrangère*, Paris 1954, I, nouvelle série, années 1938-1949, p. 760.)

§ 3. LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT.

La distinction du fait et du droit a beaucoup évolué. Elle reste flottante aujourd'hui encore ⁶⁸.

Des juristes éminents ont étudié le pouvoir d'examen de la Cour suprême en fonction de la distinction du fait et du droit exclusivement. Elle n'en est qu'un des aspects, mais il est vrai qu'elle pose de nombreux problèmes.

Ce paragraphe sera consacré à la démarcation proprement dite du fait et du droit et à quelques cas, qui nous paraissent intéressants, de jurisprudence récente ⁶⁹.

Nous étudierons à propos de la distinction des erreurs *in procedendo* et *in judicando* l'application du principe de l'exclusion du fait devant la Cour de cassation.

Certaines questions accessoires seront encore traitées à propos des ouvertures à cassation : les contraventions aux règles contractuelles, aux coutumes, aux usages, aux faits notoires, au droit étranger... peuvent-elles fonder la cassation du jugement ?

*

Une théorie légaliste de la distinction du fait et du droit a été appliquée par la Cour de cassation française jusqu'en 1830, alors qu'elle avait pour fonction exclusive la défense de la loi. La question de droit est alors conçue très restrictivement. Elle s'identifie à la notion qui fait l'objet d'une définition précise dans la loi. Les notions légales indéfinies ne sont pas des questions de droit, les plaideurs sont irrecevables à en discuter devant la Cour de cassation. Si le juge les comprend de façon erronée, ... « la vérité, la raison, la justice peuvent bien être outragées, mais la majesté des lois reste intacte » ⁷⁰.

Cette conception est abandonnée aujourd'hui. Il est nécessaire que la Cour de cassation assure un contrôle plus étendu des décisions de justice. Gény écrit : « ... je n'hésite pas quant à moi à reconnaître que l'extension, du contrôle de la Cour de cassation, à tout le domaine proprement juridique, s'impose aujourd'hui comme absolument nécessaire autant que parfaitement légitime... On ne peut pratiquement satisfaire aux besoins de sécurité dans les droits, qui se font si vivement sentir en notre civilisation, luttant pour l'homogénéité centralisatrice contre tant de courants hostiles, que par le contrôle d'une juridiction supérieure, qui, en dehors même de sa contribution à l'établissement de la vérité juridique abstraite, trouve dans l'orga-

⁶⁸ Gorphe, 82.

⁶⁹ Une vue générale de la distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral est donnée par M. Birchmeier, p. 104 ss.

⁷⁰ *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, édité par Dalloz, N° 1224.

nisation de la hiérarchie judiciaire une arme ferme et décisive en vue d'assurer à la vie pratique le régime continu et sagement progressif du droit. Mais ce résultat, pour être complètement atteint, suppose que le contrôle suprême s'exerce dans tout le champ de l'investigation juridique. »⁷¹.

Cette extension de la question de droit n'abolit pas cependant la démarcation qui acquiert au contraire une importance de premier ordre. L'élargissement du pouvoir d'examen de la Cour de cassation doit s'accompagner d'un renforcement de ses limites. Il faut contrecarrer la tendance des plaideurs à forcer l'accès de la juridiction de cassation, afin que la Cour suprême ne fonctionne pas inutilement en dehors du domaine que lui assigne sa fonction.

*

L'identification de l'acte juridictionnel à une opération syllogistique est une thèse classique encore soutenue très généralement aujourd'hui⁷². La règle de droit est la majeure. La confrontation des faits constatés aux conditions d'application de la règle, est la mineure. La conséquence juridique, la conclusion.

Serait-elle la clef du problème de la distinction du fait et du droit ?

Le choix de la règle applicable, sa compréhension et son interprétation tendent à découvrir la volonté objective et abstraite de la loi. Ce sont des questions de droit exclusivement⁷³.

L'élucidation des faits, première opération de la mineure, constitue un ensemble de questions de fait⁷⁴.

La qualification, seconde opération de la mineure, est tantôt une question de droit, tantôt une question de fait. La qualification juridique, seule, relève du droit⁷⁵.

La conclusion est une question de droit. Elle transforme la volonté objective de la loi en une volonté subjective et concrète.

La théorie syllogistique de la distinction du fait et du droit n'est pas satisfaisante. Elle laisse sans réponse de nombreuses questions.

L'examen de la validité d'une disposition légale est une question de droit exclusivement. Elle exige pourtant la constatation et l'élucidation de purs faits.

⁷¹ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 178.

⁷² Rocco, N° 3; Calamandrei, II, 26, 37; Redenti, I, N° 8; II, p. 34; Marty, th., 12; Rosenberg, § 130 I 3 b; Lent, 52; Cornu et Foyer, 459; Deschenaux, I ss.

⁷³ Deschenaux, 13; Guldener, Zpr. 493.

⁷⁴ Deschenaux, 35 : « La qualification est l'opération finale que précèdent la constatation des faits et l'élucidation de la notion légale. La première de ces opérations préalables ne transforme pas la nature des faits; le juge opère sans doute un tri parmi les données fournies par l'administration des preuves, de manière à ne retenir que les éléments pertinents; mais son jugement sur ce point ne franchit pas le seuil du fait. »

⁷⁵ Guldener, Zpr., 493; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1546.

L'interprétation historique consiste aussi en une recherche de faits, bien qu'elle constitue un ensemble de questions de droit.

Ces deux opérations sont qualitativement identiques à l'éclaircissement des circonstances qui ont entouré la conclusion d'un contrat, la confection d'un testament; or, ces circonstances relèvent du fait ! La Cour de cassation pourra réapprécier la validité de la loi, refaire son interprétation historique, mais elle ne pourra pas revoir la vérité historique de la contestation, telle qu'elle a été établie par le juge inférieur.

La théorie syllogistique ne peut justifier ces règles pourtant certaines.

Le critère de la distinction du fait et du droit ne réside pas dans la nature, considérée en elle-même, de la question à qualifier « de fait » ou « de droit ». Deux questions de même nature peuvent, en effet, appartenir, l'une au domaine du fait, l'autre au domaine du droit.

L'opération syllogistique n'est pas propre seulement à l'application des règles juridiques. Toute pensée, toute sensation peuvent être exprimées en forme de syllogisme, même si elles n'ont pas été élaborées en réalité selon ce processus.

L'acte juridictionnel ne se compose pas d'un seul mais d'une infinité de syllogismes. Si on adopte la théorie du syllogisme judiciaire, il faut reconnaître que le jugement est une « petite constellation d'inductions, de déductions et de conclusions » ⁷⁶.

Le syllogisme, par lui-même, ne permet donc pas de tracer la ligne de démarcation entre les points de fait et les points de droits ⁷⁷. On ne peut dire que la majeure et la conclusion sont des questions de droit : toute constatation de fait est une conclusion qui s'appuie sur une majeure.

*

Pour conserver cette théorie on a tenté de la perfectionner en cherchant un critère qui permette de distinguer les notions de fait des notions de droit.

La question de droit s'entend de la notion juridique technique utilisée par la loi. La technicité se détermine à l'aide de la notion elle-même, mais aussi à l'aide de son contexte et de sa place dans la loi.

Le critère mène à des résultats variables suivant les systèmes juridiques et leur état de développement. Des notions courantes peuvent être élevées au rang de questions de droit ⁷⁸.

Ce complément engendre de nouvelles difficultés. La limite entre les notions de l'« homme de la rue » et les concepts de juriste est insaisissable.

⁷⁶ Couture, 65.

⁷⁷ Calogero, 111, 112; Schwinge, 58.

⁷⁸ M. Deschenaux cite un arrêt non publié du Tribunal fédéral qui donne la définition de la table de nuit ! (arrêt Chenuz, Chambre des poursuites, du 2 mai 1945).

De l'aveu même de ses partisans, toute démarcation précise est impossible ⁷⁹. Des catégories intermédiaires de questions voient le jour. Les maximes d'expérience, les questions de fait générales, les questions de droit concrètes et les standards s'intercalent entre les questions de droit et les questions de fait pures ⁸⁰. Le caractère de cette zone de transition est l'imprécision. Le législateur ne donne au juge, à l'aide de ces notions, que des directives vagues ⁸¹.

La question de fait générale classique peut se formuler ainsi : une marque contenant une indication géographique qui ne correspond pas à la provenance véritable du produit est-elle de nature à induire le public en erreur ? ⁸²

La détermination qu'en telles circonstances, une marque apposée sur un produit est lancée sur un marché relève du fait exclusivement.

La possibilité de confusion est un point de fait ou de droit suivant la manière de résoudre la question. Savoir si la marque a engendré des confusions est une question de fait. L'erreur du consommateur est un fait. Une enquête pourrait donner une idée de la proportion des consommateurs dupés. En revanche, le risque de confusion est une question de droit. Il ne s'agit plus d'interroger des faits passés mais de consulter la volonté légale. Si la loi prescrit au juge de se placer au point de vue des intéressés, elle ne l'oblige pas à faire une enquête complète auprès des intéressés. La réponse à la question devra être conforme à l'intention légale de prohiber l'usage de telle marque, d'admettre l'usage de telle autre ⁸³.

L'automobiliste circulait-il au moment de l'accident à une vitesse raisonnable ? question de droit concrète ⁸⁴. La loi utilise de nouveau un terme vague. Il lui est en effet impossible de donner une définition de la vitesse raisonnable. Elle serait ou trop sévère ou trop indulgente. La question de droit concrète se sépare de la question de fait générale parce que sa solution procède du cas précis et non de faits généraux. Mais la différence est purement quantitative. Les deux questions sont de même nature.

⁷⁹ Wehli, 436 : « *Wer will hier genau die Grenze ziehen, wo die Tatfrage aufhört und die Rechtsfrage anfängt ?* » Il conclut à l'impossibilité de séparer franchement le fait du droit (*Untrennbarkeit von Tat- und Rechtsfrage*).

⁸⁰ Gorphe, 85.

⁸¹ C'est pourquoi d'autres auteurs opposent simplement, aux notions définies, les notions vagues. Schwinge, 117; Calamandrei, II, N° 105; Marty, th., 212.

⁸² Loi fédérale sur les marques de fabrique du 26 septembre 1890, art. 18 al. 3; art. 20. Exemples : ATF 69 II 202; JT 1943 I 482, la marque « Patentex » donnée en raison des deux premières syllabes l'illusion de se rapporter à un produit breveté ? — JT 1931 I 241, le mot « Kremlin » apposé sur un produit est-il de nature à faire croire qu'il est fabriqué en Russie ? — ATF 68 I 203; JT 1943 I 504.

⁸³ Wehli, 7 : « *Wo der Richter den konkreten Fall erst in sein Milieu stellen muss, bevor er ihn subsumiert, wo also eine allgemeine Tatfrage vorliegt, handelt es sich nicht um eine passive Rezeption der Erfahrungsergebnisse, sondern um ihre kritische Prüfung vom rechtlichen Standpunkt. Das letzte Wort hat nicht die Tat, sondern die Rechtsfrage.* »

⁸⁴ ATF 77 IV 35, 102; JT 1951 I 432, 435. ATF 84 II 129; JT 1958 I 410 ss.

L'établissement des circonstances de l'accident, état de la route, des pneus du véhicule, visibilité, vitesse (50, 70 km/h. ?)... relève du fait. La qualification juridique de la vitesse est la question de droit : était-elle raisonnable, dans les circonstances données et du point de vue d'un chauffeur moyen ? La notion de vitesse raisonnable est tellement liée aux faits précis, qu'elle leur emprunte, partiellement au moins, leur statut devant la juridiction suprême. Une différence minimale dans l'appréciation de la vitesse raisonnable (question de droit) suffit à décider du fardeau de la responsabilité. Or, la Cour suprême ne pourra détecter que l'erreur de droit manifeste. Il est ainsi des erreurs de droit qui doivent revêtir une certaine évidence pour entraîner cassation, bien que cette condition ne soit pas, en principe, nécessaire au succès du pourvoi ⁸⁵.

Il n'y a pas de différence entre les questions de droit concrètes et les standards tels que la vigilance du *bonus paterfamilias*, la prudence nécessaire...

La décomposition du jugement en syllogismes est impropre à fixer la limite du droit et du fait. Elle a, par contre, le mérite de situer assez judicieusement le problème.

La Cour de cassation doit pouvoir reviser les notions imprécises comme les notions légales techniques ⁸⁶. La loi n'a pas renoncé à la précision pour étendre la liberté du juge, mais parce qu'une définition rigoureuse s'avérait impossible ou prématurée. La pratique est un facteur important du développement des notions indécisées. « En définitive », écrit M. Roubier, « le procédé du standard est un procédé d'attente, qui permet à la jurisprudence de classer peu à peu les difficultés et d'embrasser l'ensemble d'une question nouvelle, avant de poser des règles détaillées et du même coup plus rigides » ⁸⁷. Le contrôle de la juridiction de cassation sur l'application des maximes d'expérience s'impose donc.

Par la force des choses la juridiction de recours détecte plus facilement les erreurs relatives aux notions précises que les erreurs relatives aux notions légales vagues. Cette circonstance ne restreint pas le pouvoir d'examen mais

⁸⁵ Cf. *infra*, p. 129.

⁸⁶ Marty, th., 211, 212; Calamandrei, II, 81; Schwinge, 117 : « Die Tatsache, dass hier der Wille des Gesetzes nur undeutlich Ausdruck gefunden hat, kann jedoch nicht dazu führen, die Nachprüfungsbezugnis des Revisionsgerichts zu verneinen. Denn eine Bindung besteht auch hier, und sei es nur an den Willen der politischen Führung (den Geist des Gesetzes, die Idee der Rechtsordnung, wie man früher sagte); der Begriff der Gesetzesverletzung in jenem weiten Sinne, wie er das Revisionsrecht beherrscht, ist also erfüllt. Immer nur eine Entscheidung gilt im Sinne des Gesetzes als richtig, eine Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten steht dem Richter nicht zu Gebote. Im Übrigen erfordert der Zweck der Revision, dass gerade bei derart unbestimmt gehaltenen Begriffen die Kontrolle der Revisionsinstanz einsetzt, dass in ihr Richtlinien herausgearbeitet werden, die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung haben und dafür Sorge getragen wird, dass ihnen in der Rechtsanwendung Folge geleistet wird. »

⁸⁷ Roubier, *op. cit.*, 81.

le pouvoir de décision de la Cour de cassation. Elle sanctionne plus aisément les notions dont la teneur est certaine, mais c'est par son intervention que les notions se précisent.

*

Des auteurs ont tracé la démarcation du fait et du droit selon une méthode téléologique. La structure du jugement, opération de l'intelligence, du sentiment, ou synthèse de l'un et de l'autre, ne joue plus aucun rôle. La fonction uniformisatrice de la Cour de cassation occupe le premier plan. La jurisprudence de la Cour suprême vaut comme exemple. Il convient donc que toutes les questions pouvant servir de modèle aient accès à la juridiction suprême. Le champ d'investigation de la Cour de cassation s'étend à tous les problèmes qui dépassent le cadre du litige. A la distinction des points de droit et des points de fait se substitue la distinction des questions générales et des questions particulières. MM. Calamandrei, Marty, Schwinge, Maury, Herzog et Jaeger professent cette opinion⁸⁸.

Cette théorie conduit à des résultats souvent identiques à ceux de la précédente. La question réitérative est une question de droit en principe. Les dispositions légales ont une portée générale par définition. Elles doivent servir à la résolution d'un nombre indéterminé de cas⁸⁹.

⁸⁸ Calamandrei, II, N° 121 : « ... quando il ricorso si fonda sul motivo della violazione o falsa applicazione di legge, la cognizione della Corte di cassazione deve limitarsi a quelle sole questioni, dalla cui corretta risoluzione possa derivare, anche fuori della controversia in occasione della quale sono sorte, un influsso regolatore sulla futura interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo. »

Schwinge, 52, 53 : « Daraus folgt, dass sich der Revisionsrichter nur mit demjenigen Teil des Urteils der Vorinstanz zu befassen hat, dem Richtlinien Charakter innewohnt, der also zum Muster für künftige Entscheidungen dienen kann. Das bedeutet aber weiter, dass all das, was kein über den einzelnen Fall hinausreichende rechtliche Tragweite hat, aus seiner Zuständigkeit herausfällt. Denn durch das, was lediglich dem konkreten Fall angehört, wird das Interesse an einheitlicher Rechtsprechung nicht berührt. » ... 123 : « Rechtsfrage ist nur das von den Gründen des Urteils, was Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben und in der Zukunft Volksgenossen und Richtern als Richtschnur, Leitstern dienen kann. »

Herzog, 402 : « Tout ce qui est concret et particulier appartient au domaine exclusif des tribunaux du fait; par contre, tout ce qui est abstrait et général intéresse la juridiction souveraine. »

Maury : *La distinction du fait et du droit*, 589 : « ... le général est le domaine du Tribunal suprême. »

Marty, th., 197, 364, 365 : « A nos yeux, l'intervention de la Cour suprême est nécessaire toutes les fois que la décision frappée de pourvoi a été rendue dans des conditions telles, et a été rédigée de telle façon que sa portée dépasse les limites du litige particulier qui en fournit l'occasion et que la solution adoptée est susceptible de prendre une valeur générale en servant de précédent... A l'inverse, dans tous les cas où la nature de la décision est telle que l'intervention de la Cour suprême serait injustifiée eu égard au critérium de la généralisation possible, nous avons reconnu aux juges inférieurs un pouvoir souverain. »

Jaeger, corso, §§ 63, 101.

⁸⁹ Wehli, 13.

Elle s'en distingue fondamentalement sur le plan théorique. La généralité, l'importance de la question uniquement, détermine le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. La délimitation du fait et du droit s'en trouve sérieusement modifiée. La détermination de la volonté des contractants relève du fait selon une longue jurisprudence. Elle devient une question sur laquelle la Cour de cassation peut exercer son contrôle si elle représente une certaine importance sociale. Il en est ainsi en matière de contrats d'adhésion ou de contrats conclus selon une formule préétablie (contrats d'assurance par exemple). M. Marty préconise cette solution. A l'inverse, la Cour de cassation n'a pas à exercer un contrôle sur les questions de droit qui, par exception, ne présentent pas un caractère de généralité.

A première vue cette théorie encourt des reproches dans son principe même. Si la démarcation du fait et du droit est délicate, la distinction des questions générales et particulières ne l'est-elle pas tout autant ? N'oublie-t-elle pas que la Cour de cassation assure aujourd'hui encore la défense du droit objectif ? En fondant la distinction du fait et du droit sur l'importance sociale et la généralité de la question, cette théorie soustrait certains points de droit au contrôle de la Cour de cassation, et y soumet certains points de fait⁹⁰. N'est-elle pas une manière d'abdication ? Le doyen Gény et M. Marty reconnaissent un pouvoir d'examen très large à la Cour de cassation et lui laissent le soin de le préciser⁹¹.

A seconde vue, ces reproches ne sont pas fondés. Cette théorie, sans doute imparfaite, repose dans son principe sur une observation très juste de la réalité : il n'y a pas à proprement parler une distinction nette du fait et du droit, et c'est bien à la Cour suprême qu'incombe le soin de tracer la limite des domaines du fait et du droit. Les termes « question de droit » et « question de fait » sont des formules pratiques, des « étiquettes ». C'est tout. En réalité, ce n'est pas la « question de droit » qui est seule recevable en cassation, c'est la question recevable en cassation qui doit être baptisée « question de droit ».

*

M. Calogero atteint par la voie théorique aux résultats que MM. Calamandrei, Marty et Schwinge ont tirés de l'observation de la réalité jurisprudentielle.

M. Calogero réfute dans un exposé rigoureux la théorie du syllogisme judiciaire et propose une conception plus réaliste de l'acte juridictionnel, sur laquelle il fonde la distinction du « fait » et du « droit ».

⁹⁰ Calogero, 86.

⁹¹ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 18; Marty, *ib.*, 97.

L'opération syllogistique ne révèle pas une vérité matérielle, mais purement formelle⁹². Un raisonnement syllogistiquement parfait peut être réellement absurde, car la perfection du syllogisme ne dépend pas de la vérité ni de l'opportunité des prémisses. Or, le juge n'est pas astreint uniquement au respect de la méthode syllogistique.

L'opportunité et la vérité des prémisses ne dépendent-elles pas de syllogismes antérieurs ? Non, répond M. Calogero. La chaîne des syllogismes doit s'arrêter une fois. Il existe donc une majeure première qui n'est pas la conclusion d'un syllogisme antérieur, mais une constatation, une appréciation.

Le syllogisme est une opération déductive. Il passe du général au particulier. Le jugement est une opération inductive et déductive à la fois⁹³. Le juge ne tire pas la conséquence d'une règle abstraite. Il qualifie le fait concret pour le placer sous le champ d'application de la règle juridique. La qualification résulte de l'analyse du cas concret et de l'interprétation de la règle abstraite. Le juge examine tant la proposition générale que la situation de fait pour déceler le rapport qui les unit⁹⁴.

La conclusion dans le syllogisme est une déduction rigoureuse. Le dispositif du jugement résulte au contraire d'une appréciation⁹⁵.

Si l'acte juridictionnel était un pur syllogisme, le travail du juge se réduirait à celui d'un automate. Or, la partie syllogistique du jugement, la déduction de la conclusion sur la base des prémisses est la partie facile de l'opération juridictionnelle. Elle ne requiert même pas des connaissances juridiques⁹⁶. La véritable activité juridictionnelle consiste en des opérations non syllogistiques.

La forme syllogistique dans laquelle se moule l'acte juridictionnel est une discipline pour le juge, une bride à ses sentiments, à ses passions. Elle constitue aussi une manière claire d'exposer un raisonnement. C'est une commodité. Mais le jugement est la synthèse d'éléments divers, intelligence, raisonnement, intuition, sentiment et méthode⁹⁷.

L'activité juridictionnelle consiste à émettre un jugement de valeur. Elle qualifie les faits, les « accuse » de telle ou telle notion juridique, de telle ou telle conséquence juridique. Elle s'accomplit par l'étude des faits et du droit. Toute autre recherche est inconcevable.

⁹² Calogero, N° 19.

⁹³ Calogero, 54, 55, 56.

⁹⁴ Calogero, 58 : le jugement est « un *asseverazione*, in cui il soggetto, esprime l'azione che si è realizzata, vien riassunto sotto il predicato, esprime la norma di legge che, come si dice, la prevede. » ... 64 : « non c'è né sillogismo, né dualità di premesse, ma un unico giudizio sussuntivo della realtà di fatto sotto la norma di diritto. »

⁹⁵ Calogero, 65.

⁹⁶ Calogero, 51 : « *Quel che insomma fa il giudice di logico, è cosa di nulla; e quel che fa veramente, non è logico !* »

⁹⁷ Brulliard, 20; Wehli, 21; Gorphe, 29; Panchaud, 580, 586 : « Le sentiment vient contrôler la froide raison, comme la froide raison à son tour tient en haleine les aspirations du sentiment. »

D'un point de vue théorique et idéal, tout événement inscrit automatiquement sa conséquence juridique dans le domaine du droit qui ne souffre pas de lacune et préexiste. Mais le domaine du droit n'est pas directement accessible aux juristes. Ceux-ci ne peuvent pas y lire directement la conséquence juridique de tel ou tel fait, comme le médecin interroge une radiographie, le soldat un écran de radar.

D'autre part, le litige se compose de faits passés dont le magistrat n'a le plus souvent qu'une connaissance indirecte.

Pour déchiffrer le domaine juridique, le juge dirige ses recherches dans deux directions exclusivement⁹⁸. Il reconstruit la vérité historique du litige. Il détecte ses conséquences juridiques. Il établit ce qui a été. Il dit ce qui doit être.

La recherche de ce qui doit être s'analyse aussi en une recherche historique. Le vouloir législatif, la volonté objective, autonome de la loi est aussi un fait. Mais les faits de la cause et la volonté légale n'ont pas la même raison d'être, la même finalité. Le fait historique a été voulu pour lui-même. Il a une existence autonome. Le fait législatif, au contraire, a été voulu « pour qu'on veuille », à titre d'exemple, d'impératif, de commandement⁹⁹. Telle est la différence essentielle qui sépare la question de fait de la question de droit.

En raison de cette parenté et de cette différence, M. Calogero qualifie la détermination de la vérité juridique, de « recherche plus qu'historique »¹⁰⁰. Son but n'est pas d'établir la volonté réelle, mais la volonté objective du législateur.

Cette conception respecte le bipartisme des points. Les questions intermédiaires (de fait générales, de droit concrètes) ne sont que des sous-questions. Le fait et le droit se les partagent.

M. Calogero refuse d'appliquer le principe de l'exclusion du fait en cassation sur la base de la distinction des erreurs *in procedendo* et *in iudicando*. Il considère celle-ci comme un sous-produit de la distinction du fait et du droit.

Il substitue à ce fondement, le seul juste à nos yeux, des considérations peu convaincantes. La Cour de cassation pourrait contrôler la partie de la reconstruction historique du litige qui se fonde sur les pièces du dossier, à l'exclusion de celle qui s'appuie sur d'autres moyens de preuve¹⁰¹.

⁹⁸ Calogero, N° 28.

⁹⁹ Calogero, 139 : « *Quella che si dice cognizione di fatto è la conoscenza di un'azione che fu voluta e agita in un certo modo; quella che si dice cognizione di diritto è la conoscenza di un'azione consistita nell'aver voluto e agito affinché si volesse e agisse in un certo modo.* »

¹⁰⁰ Calogero, 147 : « *Si può quindi concludere che la più precisa maniera di distinguere quando il giudice risponde alla quaestio facti e quando risponde alla quaestio juris è quella di vedere quando, nel processo di cognizione, egli fa soltanto storia, e quando fa insieme, storia e più che storia.* »

¹⁰¹ Calogero, N° 65 : « *Al malsicuro e approssimativo principio della cognitio juris escludente la cognitio facti, bisogna, insomma, sostituire quello, più solido e com-*

C'est une manière de voir trop restrictive, et trop libérale à la fois. Le pouvoir d'examen de la Cour de cassation serait à la merci de circonstances accidentelles : un fait peut être reconnaissable *e gestis* ou *ex actis* suivant l'abondance et les sortes de preuves dont disposent les parties. De cette manière, la distinction du droit et du fait varierait non seulement avec l'évolution générale du droit et des sociétés qu'il régit, mais avec la manière dont se présente chaque dossier. Nous ne pouvons suivre M. Calogero sur ce point particulier.

Par des voies différentes, M. Marty (observation de la réalité jurisprudentielle, méthode inductive), et M. Calogero (structure de l'acte juridictionnel, méthode déductive), aboutissent à une conclusion commune. Une délimitation mathématique du fait et du droit est irréalisable. Chaque question à qualifier doit être examinée pour elle-même et classée en fonction des critères proposés par MM. Marty et Calogero. Ils inspireront particulièrement les Cours suprêmes auxquelles incombe principalement ce travail délicat.

*

Illustrons ces considérations par quelques exemples tirés de la jurisprudence.

On ne peut tirer de la notion elle-même les éléments nécessaires à sa qualification. Il faut la considérer dans son rapport avec les dispositions légales dont elle fait partie.

La Cour de cassation neuchâteloise a déclaré que les notions de pâturage au sens de l'article 699 CCS, de pièces inconvenantes, de plaideur téméraire, de jours fériés, de fruits et de bois, étaient des questions de droit¹⁰².

Cela ne signifie point que ces notions peuvent toujours être revues par la Cour de cassation, quelles que soient les circonstances, mais que dans la mesure où elles expriment la volonté légale d'attacher à certaines entités, à certains événements ou à certains comportements des conséquences ou des statuts juridiques déterminés, elles relèvent du droit.

Les notions définies, de technique juridique, sont évidemment des questions de droit, celles de jugement exécutoire, de sentence arbitrale, de moyen, d'argument, d'objet d'une demande, de témoin-expert... par exemple¹⁰³.

Le Tribunal fédéral délimite ainsi le fait et le droit en matière de voisinage : « C'est en partie une question de fait et en partie une question de droit que celle de savoir si un propriétaire foncier commet, dans l'exploita-

prensivo della cognitio juris implicante la cognitio facti ex actis, ma escludente la cognitio facti e gestis, si vuole che esso renda conto, in maniera assai più adeguata, dell'effettivo procedere della suprema Corte quanto a la delimitazione della propria competenza. »

¹⁰² CCC V 473, 556; CCC VI 224, 254; RJN I 153.

¹⁰³ CCC V 351, 466, 472, 500, 592; CCC VI 214; RJN I 50, 107.

tion industrielle de son fonds, des excès au détriment de la propriété du voisin. La question de fait embrasse tout ce qui concerne la nature, la fréquence et l'intensité des immixtions dont se plaint le voisin ainsi que l'influence qu'elles exercent sur son fonds et ses habitants; de même, la situation et la nature des fonds et les usages en vigueur au lieu en question. La question de droit est celle de savoir si les effets considérés comme prouvés par le juge cantonal sont excessifs ou pas en raison des circonstances locales dûment établies »¹⁰⁴.

Ce cas illustre une remarque que nous faisons à propos de la notion de droit concrète. La fixation de ce qu'autorise et prohibe le droit de voisinage est de toute manière approximative. Même à l'aide d'un exposé circonstancié des faits, le Tribunal fédéral ne peut déceler avec certitude que l'erreur de droit évidente commise par le juge cantonal. C'est pourquoi il déclare ne « s'écarter de la décision cantonale que si elle apparaît manifestement erronée ».

En vertu de l'article 254 CCS, le mari peut désavouer l'enfant né cent quatre-vingts jours au moins après le mariage, s'il établit qu'il ne saurait en être le père. Constaté que le mari ne peut être le père de l'enfant (impossibilité physique) relève du fait. Mais la loi accorde aussi le désaveu lorsqu'il existe seulement une forte probabilité de non-paternité. Que le mari soit ou non le père de l'enfant, reste un fait pur. Mais déterminer si les faits invoqués engendrent un degré de probabilité suffisant de non-paternité, c'est résoudre une question de droit. L'opération a pour but de connaître la volonté légale¹⁰⁵.

Un point de fait devient un point de droit lorsque, par exception, le droit engendre le fait.

Les questions de fait ne se rapportent pas seulement aux phénomènes, mais aussi aux états psychiques¹⁰⁶.

La constatation de l'état mental d'une personne, aux fins de sa mise éventuelle sous tutelle, est une question de fait, même si elle requiert la collaboration d'un spécialiste. La volonté légale ne peut changer l'état mental d'un individu. Déterminer en revanche si cet état rentre dans les prévisions de l'article 369 CCS relève du droit¹⁰⁷.

Etablir ce qu'une personne sait relève du fait, ce qu'elle doit savoir, du droit¹⁰⁸.

Quelle a été l'intention réelle d'une personne, voulait-elle acheter du salpêtre à 5 fr. 25 le kg., ou à 5 fr. 25 les 100 kg.¹⁰⁹, est une question de fait.

¹⁰⁴ ATF 79 II 50; JT 1954 I 294.

¹⁰⁵ ATF 82 II 495; JT 1957 I 301.

¹⁰⁶ ATF 60 II 329, 330; JT 1935 I 137. ATF 81 II 584; JT 1956 I 461

cons. 3.

cons. 4. ATF 83 II 307; JT 1958 I 482.

¹⁰⁷ ATF 82 II 279; JT 1957 I 226 ss.

¹⁰⁸ ATF 77 II 144, 145; JT 1952 I 51. ATF 81 II 141, 142; JT 1956 I 48

¹⁰⁹ ATF 45 I 433; JT 1920 I 44.

Savoir si cette intention présente les caractères propres à entraîner telle ou telle conséquence juridique relève du droit.

L'examen de l'intention de s'établir de l'article 23 CCS pose une question de fait (quel est le rapport affectif de la personne avec le lieu considéré ?), et une question de droit (ce rapport affectif présente-t-il les caractères de l'intention de s'établir au sens de l'article 23 CCS ?) ¹¹⁰.

Le fait et le droit devraient s'articuler de manière identique dans l'application de l'article 677 CCS. Le Tribunal fédéral déclare pourtant : « La Cour cantonale a tiré d'une série d'indices que le défendeur a construit sa cabane dans l'intention de la lier au sol de façon durable. C'est la constatation d'un fait « interne » qui lie le Tribunal fédéral » ¹¹¹.

Cette différence ne peut avoir qu'une seule explication : ces deux intentions n'ont pas la même importance et la justice ne connaît pas aussi fréquemment de l'une que de l'autre. Les cas d'espèce n'ont pas été assez nombreux jusqu'à aujourd'hui pour que la notion d'intention de l'article 677 CCS se précise. Si elle se spécifiait, elle serait sujette au contrôle du Tribunal fédéral, mais elle ne se précisera que lorsque le Tribunal fédéral s'en sera saisi ! « Le contrôle sur la qualification », écrit à juste titre M. Maury, « est à la fois fonction et facteur du développement du droit, de l'appréhension des faits par le droit » ¹¹². Cet exemple illustre aussi l'exactitude de la thèse de M. Marty.

Des auteurs ont critiqué la jurisprudence fédérale en matière d'actes juridiques. Ils lui ont reproché de considérer l'état psychique comme une question de fait.

Selon l'opinion traditionnelle ¹¹³, la constatation des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, ce qui a été dit, écrit et pensé, relève du fait. La portée juridique et l'interprétation de ces faits relèvent du droit. La volonté exprimée prime-t-elle la volonté réelle, en cas de divergence ? C'est une question de droit.

Ce point de départ est excellent. La constatation ou l'appréciation de la volonté interne relève incontestablement du fait ¹¹⁴. La loi ne peut pas, à la place des parties, dire ce qu'elles voulaient au juste, ce qu'elles pensaient en réalité.

¹¹⁰ ATF 81 II 326, 327; JT 1956 I 370 cons. 3.

¹¹¹ ATF 81 II 272; JT 1956 I 133.

¹¹² Maury, *La distinction du fait et du droit*, 586.

¹¹³ Schwinge, 170 : « Ob eine konkrete Erklärung ausdrücklich oder konkludent abgegeben ist und welche Bedeutung ihm zukommt, hat das Revisionsgericht nicht nachzuprüfen... Ob der Richter die allgemeinen Vorschriften über die Auslegung von Gedankenäußerungen zu Recht oder Unrecht angewendet hat, ist vom Revisionsgericht nachzuprüfen... Dass auch die Frage, welchem Rechtsbegriff die festgestellte Erklärung unterfällt, der Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt, sei noch einmal besonders betont. »

¹¹⁴ JT 1946 I 418.

Pourtant, MM. Knapp et Guisan estiment que le fait psychique soulève une question de droit. Ils critiquent la jurisprudence du « fait psychique »¹¹⁵.

Selon M. Guisan, l'arrêt Hagmann¹¹⁶ aurait, le premier, considéré que la détermination de la volonté interne d'un testateur est une question de fait soustraite à l'examen du Tribunal fédéral.

Cette manière de voir ne nous paraît pas irréprochable.

La volonté interne du disposant ne serait pas affaire de preuve, mais d'appréciation. Elle ne se laisserait pas constater, mais seulement déduire de manifestations externes, d'indices.

Cela est vrai sans doute, mais ne change pas la nature de fait de la question. M. Deschenaux écrit à juste titre : « Il ne faut pas méconnaître la difficulté qu'il y a dans le domaine des faits internes à maintenir la distinction du fait et du droit, sans tomber dans l'erreur inverse qui consiste à considérer comme une question de droit la constatation des données psychologiques, sous prétexte que cette constatation implique certaines déductions tirées de faits observables »¹¹⁷. Constater un fait ou le déduire d'indices constitue une opération identique. Un même fait peut être attesté ou ne résulter que d'indices suivant l'abondance des moyens de preuve dont disposent les plaideurs. Il reste un fait dans l'un et l'autre cas.

La contradiction relevée par M. Guisan entre l'arrêt Hagmann et le rapport de gestion du Tribunal fédéral qu'il cite, n'est pas évidente. L'appréciation d'un fait n'est pas assimilable à l'appréciation juridique d'un fait dont parle ce rapport.

Il n'est pas certain que l'arrêt Schmocker¹¹⁸ pose en principe que l'éluclation de la volonté réelle du disposant est une question de droit, comme le pense M. Guisan. Le caractère formel du testament rend plus malaisée encore la distinction du fait et du droit. Il faut discerner trois questions. Qu'a voulu réellement le testateur ? question de fait à notre sens. Qu'a-t-il exprimé ? question de fait s'il s'agit d'établir ce qu'a écrit le testateur, de droit s'il s'agit de trouver le sens de la disposition pour cause de mort par la méthode d'interprétation appropriée. Enfin, le texte de l'acte peut-il comprendre la volonté réelle, prétendue ou supposée ? question de droit. Si le testament s'interprète selon la volonté réelle du testateur, il faut tout de même qu'un lien existe entre sa lettre et cette volonté. On ne peut pas faire dire n'importe quoi à un acte de disposition pour cause de mort, sous prétexte de respecter la volonté réelle du disposant. Les formes strictes, nécessaires à la validité juridique des actes de ce genre, seraient éludées. C'est pourquoi, avant de vérifier si la volonté réelle d'un testateur correspond aux allégations d'un plaideur, il faut voir si elle peut être exprimée, au moins implicitement, par la disposition. Dans l'arrêt Schmocker, le Tribunal fédéral

¹¹⁵ JT 1943 I 402, 579.

¹¹⁶ JT 1943 I 403.

¹¹⁷ Deschenaux, 40.

¹¹⁸ ATF 64 II 186; JT 1938 I 617.

ne recherche pas la volonté réelle du testateur. Il répond seulement à cette question préalable. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral déclare : « Même s'il était prouvé que le *de cuius* avait eu l'intention d'insérer dans sa disposition la substitution prétendue par les défendeurs, le juge n'en devrait pas moins ignorer cette disposition, parce qu'elle n'est pas exprimée dans le testament. » Le passage cité par M. Guisan : « Cette interprétation du testament est une question de droit... », ne se rapporte pas à l'interprétation complète du testament, en fait et en droit. Comme l'indique l'adjectif démonstratif, il concerne exclusivement la question préalable dont nous parlons et que le Tribunal fédéral examine dans la phrase précédente de l'arrêt : « Les défendeurs... doivent prouver que le *de cuius* les a institués héritiers... à cet effet ils ont à prouver que le texte du testament... exprime clairement cette volonté du testateur. L'expression de cette volonté doit être suffisamment précise, de sorte qu'il n'y ait besoin d'invoquer les déclarations du *de cuius* externes au testament, et les circonstances qui ont influé sur la confection de celui-ci que comme facteurs auxiliaires de l'interprétation, c'est-à-dire pour dissiper des obscurités de détail. Cette interprétation du testament est une question de droit... »

On peut faire la même démonstration avec l'arrêt Hôpital civique de Lugano invoqué aussi par M. Guisan pour preuve qu'avant l'arrêt Hagmann le Tribunal fédéral revisait la recherche de la volonté réelle du disposant. Le Tribunal fédéral déclare : « Selon la jurisprudence constante... l'interprétation de la volonté du disposant est une question concernant l'interprétation de la disposition elle-même... »¹¹⁹. Cela ne signifie pas, à notre sens, que le Tribunal fédéral revoit la détermination de la volonté réelle du testateur comme l'interprétation de la disposition, mais que la première n'a de sens que dans le cadre de la seconde. La détermination de la volonté réelle est liée à l'interprétation de la disposition. L'interprétation assigne à la volonté réelle des limites en dehors desquelles elle ne peut déployer les effets juridiques d'une disposition pour cause de mort. Fixer ces limites, c'est résoudre une question de droit. Par ce canal, la recherche de la volonté réelle paraît une question de droit. En elle-même, elle ne l'est pas. La suite de l'arrêt apporterait des précisions si une nouvelle règle de forme ne rendait pas inutile tout autre développement : la disposition à interpréter ne serait en aucun cas valable, car le testateur se réfère à un acte étranger au testament pour exprimer sa volonté.

C'est aussi solliciter le texte de l'arrêt Lenzin¹²⁰ de lui faire dire que la recherche de la volonté interne, de l'état psychique, est une question de droit. Le Tribunal fédéral ne détermine pas la volonté véritable du testateur ni le caractère sérieux de la disposition dans cet arrêt. Il constate seulement que la Cour cantonale a qualifié, à juste titre, de testament olographe une disposition pour cause de mort faite sur carte postale, que cette qualification

¹¹⁹ ATF 56 II 351; JT 1931 I 485.

¹²⁰ ATF 56 II 245; JT 1931 I 119.

pourrait être mise en doute seulement si l'auteur de la disposition avait agi par plaisanterie. Le Tribunal fédéral ajoute : « ... aucun indice n'existe à l'appui de cette supposition. » Cette phrase prête à réflexion. Seule l'attitude du Tribunal fédéral dissiperait les doutes : qu'aurait-il fait s'il avait constaté des indices ? Il ne s'y serait peut-être pas attaché pour déterminer la volonté réelle du testateur, après la Cour cantonale, mais simplement pour sanctionner, par exemple, une contradiction entre le jugement et les pièces du dossier.

Le premier et le plus ancien des quatre arrêts cités par M. Guisan opine par contre dans le sens de l'arrêtiste ¹²¹.

Le Tribunal fédéral a été sensible aux critiques de MM. Guisan et Knapp. Trois arrêts récents et importants synthétisent la jurisprudence antérieure et les opinions des éminents arrêtistes.

La constatation du texte de la disposition et des circonstances qui ont entouré sa confection est une question de fait. Les limites d'interprétations dont un texte est susceptible relèvent du droit. La disposition peut être interprétée, mais non complétée; c'est une question de droit de savoir si elle a été interprétée ou complétée par le juge inférieur. La méthode d'interprétation pose un ensemble de questions de droit. La recherche de la volonté réelle du testateur est toujours considérée comme une question de fait. Mais cette volonté n'étant déterminable que par sa manifestation, l'interprétation des éléments de fait, dont le juge inférieur a tiré une volonté dans un sens ou dans un autre, est une question de droit.

Un arrêt de 1949 déclare : « Il est vrai que c'est en soi une question de fait que celle de savoir ce qui a déterminé le testateur dans sa décision » ¹²². Si la détermination des faits à la base de la volonté du testateur est une question de fait, la recherche de la volonté réelle l'est aussi. Le Tribunal fédéral se déclare lié par la constatation des faits concrets des juges inférieurs, mais libre d'interpréter si, sur la base des faits ainsi constatés, on peut selon l'expérience générale déduire une certaine volonté réelle.

Cet arrêt est considéré comme un revirement « à » l'arrêt Hagmann, par l'arrêt Kradolfer ¹²³. « Il s'agit donc de rechercher quelle est la volonté réelle du testateur. Dans la délimitation des questions de fait et de droit, le Tribunal fédéral a énoncé le principe que la question du contenu de la volonté d'une personne concerne un fait d'ordre interne; c'est donc une question de fait et la solution qui lui est donnée par le juge cantonal lie le Tribunal fédéral; mais, d'après la jurisprudence ce principe n'est pas applicable à l'interprétation des dispositions de dernière volonté parce que, pour elles, on ne peut séparer de la question de fait la pure question de droit qu'est celle de savoir si la volonté dûment établie du testateur a été exprimée dans les formes légales. Le Tribunal fédéral peut donc examiner librement si le testateur a voulu par sa dernière disposition, annuler ou

¹²¹ ATF 50 II 225.

¹²² ATF 75 II 285; JT 1950 I 326.

¹²³ ATF 79 II 36; JT 1954 I 37.

remplacer la première on s'il a voulu simplement la compléter ». Mais le Tribunal fédéral proclame un principe plus libéral que celui qu'il applique en réalité dans cette affaire. Il examine d'abord les possibilités d'interprétation dont le texte est susceptible. Il constate que l'interprétation juste est celle de la confirmation des dispositions antérieures. Des éléments extrinsèques la corroborent. Le Tribunal fédéral ne revoit pas la constatation de ces éléments, mais la déduction que, conformément à l'expérience générale, le juge cantonal en tire.

L'arrêt Tschirky confirme la position adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Kradolfer¹²⁴.

Finalement, la volonté interne est bien une question de fait. Mais elle ne peut être résolue que par la réponse à deux questions de droit : Peut-on déduire d'un certain nombre d'indices que le testateur avait ou non telle volonté ? Cette volonté peut-elle être comprise dans le testament tel qu'il est rédigé ?

La valeur de ces principes peut être immédiatement mise à l'épreuve d'un cas troublant signalé par M. Knapp¹²⁵.

A l'encontre de sa propre jurisprudence qui considère la recherche de la volonté interne comme une question de fait, le Tribunal fédéral a toujours estimé que la question de savoir s'il y a eu pardon ou consentement au sens de l'article 137 CCS, est une question de droit. L'éminent arrêviste d'en conclure : « Ou bien, la jurisprudence générale est bonne et, alors, les juges fédéraux ne sont pas fondés à revoir le point de l'existence ou de l'inexistence du consentement; ou bien, les juges fédéraux sont fondés à revoir le point de l'existence ou de l'inexistence du consentement ou du pardon et, alors, la jurisprudence générale est mauvaise. »

Le pardon et le consentement sont des faits. Ils expriment un sentiment plus qu'une volonté¹²⁶. Ils ne sont soumis à aucune forme. Ils sont donc encore plus difficilement saisissables que la volonté interne. On ne peut les déceler que par des indices. La déduction tirée de ces indices est une question de droit. Elle ne tend pas à rechercher si en présence de faits accessoires (indices) un fait principal (consentement, pardon) existe, mais si la loi admet le consentement ou le pardon sur la base des dits indices. Le consentement, le pardon, sont objectivés par la loi qui supplée ainsi à leur insaisissabilité de nature. La loi crée une notion de pardon ou de consentement sur la base non seulement du fait principal (pardon ou consentement), mais aussi de faits accessoires qui ne sont que des indices et non le pardon ou le consentement lui-même. De l'indice, on devrait passer au fait principal, du fait principal au droit. Dans une telle opération, l'utilisation de l'indice poserait un ensemble de questions de fait seulement. Mais, parce que des faits aussi subjectifs que le pardon et le consentement ne peuvent jamais

¹²⁴ ATF 82 II 513; JT 1957 I 271.

¹²⁵ JT 1943 I 579.

¹²⁶ Von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, trad. MM. de Torrenté et Thilo, Lausanne 1930, I, 155.

être établis avec certitude, l'indice seul permet de passer directement à la conséquence juridique qui ne devrait normalement être attachée qu'au fait principal vérifié.

Ces remarques ne sont pas valables seulement pour les faits psychiques, (elles ne valent d'ailleurs pas pour tous probablement). Elles s'appliquent à tous les domaines où l'établissement des faits pose de grandes difficultés et s'avère presque impossible.

Ces problèmes complexes sont la conséquence de la création du fait par le droit, qui se réalise de diverses manières et engendre la confusion du fait et du droit.

L'utilité, la nécessité de la création du fait par le droit, ce phénomène lui-même, sont évidents dans la présomption. Une famille entière périt dans un accident. Le moment du décès de chacun de ses membres reste incertain. Une solution successorale en dépend. La présomption est la seule issue.

Le phénomène est moins remarquable dans la recherche des volontés internes. La découverte de la volonté réelle ne pose pas de difficultés lorsqu'elle s'est suffisamment manifestée. Mais ce cas est rare : le droit ne prend en considération la volonté interne que lorsqu'elle diverge de la volonté exprimée, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas été manifestée. Le moyen technique utilisé par le droit se situe à mi-chemin entre la constatation directe et indirecte des faits par les moyens de preuve, la présomption et la fiction. La technique juridique crée le fait ou simplement le constate dans des proportions variables. On passe insensiblement du fait purement constaté, enregistré, au fait créé de toutes pièces par le procédé de la fiction.

Tous ces moyens tendent à une même fin : élucider un fait. L'utilisation des uns pose un ensemble de questions de fait, l'utilisation des autres, un ensemble de questions de droit. La constatation directe ou indirecte d'un fait (par les moyens de preuve), relève de l'appréciation du juge, c'est-à-dire du fait. La « constatation » du fait par le moyen de la présomption ou de la fiction relève au contraire du droit, seule relevant du fait la constatation des circonstances qui fondent l'utilisation de la présomption ou de la fiction. Rechercher les indices, les faits accessoires d'un fait principal, c'est constater un fait. En déduire le fait principal, c'est élucider une question de droit, c'est déterminer dans quelle mesure la loi se contente de faits secondaires pour considérer que le fait principal a eu lieu.

La mesure de la participation du droit objectif à la détermination des points de fait donne la mesure de la question de droit. Deux exemples caractéristiques illustrent cette observation :

Dans une recherche en paternité¹²⁷, le Tribunal fédéral considère comme point de fait la question de la cohabitation du défendeur et de la

¹²⁷ ATF 82 II 295; JT 1950 I 362.

mère de l'enfant. Dans un procès en désaveu ¹²⁸, le point de savoir s'il est impossible que le mari soit le père de l'enfant, est considéré au contraire comme une question de droit.

Ces manières de voir sont exactes car l'apport de la loi à la résolution des deux questions n'est pas le même.

La loi elle-même admet la paternité si la cohabitation est prouvée et non seulement sur la base de faits accessoires présument fortement la cohabitation. Elle accorde au contraire le désaveu non seulement en cas d'impossibilité absolue, physique, que le mari soit le père de l'enfant, mais encore en cas de forte probabilité de non-paternité.

En matière de recherche en paternité, la loi lie une conséquence juridique à la présence d'un fait certain qu'il appartient au juge d'établir par les moyens de preuve. En matière de désaveu, elle n'attache pas la conséquence juridique uniquement au fait principal certain, (que le mari était à l'étranger durant la période de la conception, qu'il est impuissant...), mais aussi à des faits secondaires, à des indices, qui rendent le fait principal fort probable.

La mesure de l'établissement des faits par le droit est plus forte dans le second que dans le premier de ces deux cas.

Les maximes d'expérience relèvent-elles du droit ou du fait ? Les opinions divergent.

La violation d'une maxime d'expérience n'est pas, par elle-même, une cause de cassation en droit français ¹²⁹.

Au contraire, le Tribunal fédéral sanctionne généralement la méconnaissance des maximes d'expérience : « ... la décision doit être rendue à l'aide d'un critère d'expérience c'est-à-dire d'un jugement hypothétique fondé sur les expériences faites dans d'autres cas et pouvant de ce fait servir de règle pour l'avenir. Ces critères d'expérience ne sont pourtant pas des principes de droit car ceux-ci contiennent des ordres tandis que ceux-là contiennent des jugements de valeur. Mais, d'autre part les critères d'expérience ne peuvent pas non plus purement et simplement être assimilés à des constatations de fait, car, contrairement à celles-ci, ils ont une portée générale qui dépasse les faits de la cause. Dans cette mesure-là les critères d'expérience se rapprochent des principes de droit. Comme ceux-ci ils ont le caractère de normes servant de commune mesure pour juger les faits constatés dans le procès. La notion du critère d'expérience qui ne figure pas dans la loi se trouve placée entre le fait et le principe de droit. Mais, comme les principes d'expérience servent à juger les faits du procès de la même façon que les règles de droit et qu'ils constituent ainsi, au même titre

¹²⁸ ATF 82 II 495; JT 1957 I 301.

¹²⁹ Marty, th., 113 : « ... ainsi que la Cour de cassation le dit elle-même de façon très nette, elle ne prend en considération la violation d'un principe ou d'une maxime d'expérience que si ces derniers sont explicitement ou implicitement consacrés par la loi. »

que celles-ci, une source de décision, ils doivent leur être assimilés dans la procédure du recours en réforme... »¹³⁰.

Cette solution, inspirée du droit allemand qui admet tout à fait généralement que la violation des maximes d'expérience fonde la « Revision »¹³¹, n'est pas unanimement approuvée par les auteurs italiens. Toute violation de maximes d'expérience doit être sanctionnée par la cassation selon Chiovenda. MM. Calamandrei, Calogero et Redenti sont d'avis différents. La violation de la maxime d'expérience constitue une erreur de droit si elle sert à la manifestation de la volonté légale. La transgression de la maxime d'expérience utilisée pour élucider les faits de la cause n'est pas en revanche assimilable à une erreur de droit¹³². A la vérité, la maxime d'expérience doit être sanctionnée par la cassation, en cas de violation, dans la mesure seulement où elle sert à la manifestation de la volonté légale. Mais, le plus souvent, elle n'a pas d'autre fonction. La maxime d'expérience est généralement utilisée lorsque tout autre moyen de déterminer un fait est exclu. Au lieu de servir de trait d'union entre l'indice et le fait principal, elle sert de trait d'union entre l'indice et la conséquence juridique. La maxime d'expérience est un de ces moyens par lesquels le droit participe à l'élucidation des faits, et les crée, en quelque sorte.

Enfin, il faut éviter en droit suisse la confusion de la question de fait et de la question de droit cantonal. On lit au *Journal des tribunaux*¹³³ : « La constatation du juge cantonal qu'une partie a reconnu l'existence d'un fait n'est une constatation de fait qui lie le Tribunal fédéral que lorsqu'elle est fondée sur l'application des règles de la procédure et ne produit pas directement des effets de droit civil; quand, en revanche, la constatation résulte de la simple interprétation d'une déclaration que la partie aurait pu faire aussi bien ailleurs que dans le procès, elle peut être revue librement par le Tribunal fédéral. » La rédaction est maladroite. Elle signifie que le Tribunal fédéral est lié par la conséquence juridique de procédure qui résulte de l'attitude d'une partie devant la juridiction cantonale. Lorsque la conséquence découle du droit unifié, en revanche, le Tribunal fédéral peut revoir la portée juridique que les juges cantonaux ont attribuée à cette attitude. Mais dans un cas comme dans l'autre, la constatation des faits constitutifs de l'attitude à qualifier lie le Tribunal fédéral.

¹³⁰ ATF 69 II 204 cons. 5; JT 1943 I 485. Cf. pourtant JT 1943 610 ss.

¹³¹ Rosenberg, § 140 III 1 a.

¹³² Chiovenda, 873-875; Calamandrei, II, 104, 105, 121; Calogero, 101, 167, 168.

¹³³ ATF 81 II 520; JT 1956 I 462.

LE CARACTÈRE EXTRAORDINAIRE DU POURVOI

§ 1. L'ERREUR *IN JUDICANDO* (Art. 393 lit. a CPCN).

Erreur de droit et fausse application de la loi ne sont pas synonymes. La notion de loi est plus étroite que celle de droit. La loi n'est qu'un des modes d'expression du droit. L'omission d'une disposition, ensuite, est une erreur de droit mais non une fausse application de la loi¹³⁴. En dépit de ces différences, la juridiction de cassation emploie indistinctement les deux expressions. L'erreur de droit et la fausse application de la loi constituent un seul moyen de cassation¹³⁵, en un mot l'erreur *in judicando*. Le jugement attaqué pour fausse application de la loi sera aussi examiné du point de vue plus général de l'erreur de droit.

Il y a plusieurs types d'erreurs *in judicando*.

Le droit judiciaire privé charge les parties d'invoquer les moyens, le juge, de trouver toutes les dispositions et les règles qui permettent de résoudre le litige dans le cadre des moyens invoqués. Un premier type d'erreur réside dans le choix de la règle juridique. Le juge omet tel principe applicable à l'espèce, ou retient, à tort, tel autre¹³⁶.

L'interprétation de la règle offre une nouvelle occasion de se tromper. En pratique, l'erreur d'interprétation ne se distingue pas toujours de l'erreur dans le choix de la disposition. La compréhension d'un texte législatif, aux fins de la solution d'un cas précis, est précédée d'une connaissance générale. Celle-ci constitue la formation du juriste et permet le choix. L'omission d'un texte aura souvent pour corollaire l'application fautive d'un autre. On ne peut détecter absolument la cause de l'erreur.

La qualification et la conclusion peuvent être viciées en elles-mêmes ou par des erreurs antécédentes. L'application de la conséquence légale au cas concret est rarement viciée en elle-même. Lorsque les opérations antérieures sont correctes, la conclusion l'est aussi en général. Erronée, elle s'analyse

¹³⁴ De Maio, 231.

¹³⁵ CCG VI 205; CCG V 429, 430.

¹³⁶ CCG VI 28.

en une contrariété entre la motivation et le dispositif ¹³⁷. Elle ouvre naturellement le pourvoi.

Par l'erreur de choix, d'interprétation, de qualification ou de conclusion, le juge méconnaît la volonté objective de la loi.

Établir la somme due par le mari à sa femme séparée de corps, à la différence entre son salaire et un montant fixe, c'est violer l'article 170 CCS qui prescrit de déterminer exactement et invariablement la dette ¹³⁸.

L'interprétation trop stricte d'une disposition constitue aussi une erreur de droit ¹³⁹. Elle méconnaît la volonté légale au même titre que l'interprétation fautive.

*

La connaissance générale, le choix, la compréhension spéciale, la qualification et la conclusion sont les sources des erreurs de droit. Elles sont théoriquement indépendantes. Mais l'erreur qui affecte l'une de ces opérations se répercute sur les suivantes qui la conservent, l'amplifient ou la corrigent par de nouvelles erreurs. Deux questions se posent alors : quelle doit être l'intensité de l'erreur et quelle incidence doit-elle avoir sur le jugement pour entraîner la cassation ?

La conception moderne du pourvoi en cassation fait table rase de la distinction romaine des erreurs *contra jus litigatoris* et *contra jus constitutionis*, et de la notion, en vigueur en droit commun, de la violation du droit « clair », de même que de la théorie révolutionnaire qui limitait le pourvoi aux cas de contravention expresse, formelle de la loi. La parole de Montesquieu ¹⁴⁰ « Il n'y a point de citoyens contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de son bien, de son honneur ou de sa vie » ne vaut plus aujourd'hui dans le domaine du droit privé. On est revenu de ce que Géný appelle l'exagération de l'élément légal ¹⁴¹. La pratique comme la doctrine est unanime dans ce sens. Ces distinctions sont inconciliables avec la fonction aujourd'hui primordiale de la Cour suprême : unifier l'application du droit ¹⁴².

La violation flagrante de la loi est assez rare. Elle ne risque pas de constituer un précédent. Au contraire, les erreurs occultes, les déviations progressives de la pensée légale sont graves et dangereuses pour le développement harmonieux du droit. La Cour de cassation doit absolument les sanctionner.

¹³⁷ Fabreguettes, 534.

¹³⁸ CCC VI 228; autres exemples : CCC VI 25, 29, 52, 59, 67, 86, 97, 237, 252, 254, 263, 277, 287; RJN I 11, 96, 210, 204, 267.

¹³⁹ CCC VI 209. Contre cette opinion, Aubert H., 227; Perrin, 144; Bardot, 137.

¹⁴⁰ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, L. VI, chiffre 3.

¹⁴¹ Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 61.

¹⁴² Perrin, 140, 178; Crépon, III, N° 4, p. 3; Glasson, Tissier et Morel, I, 22; III, 473; Morel, N° 97, 98, 99; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1936; Schwinge, 10; Calamandrei, 465; Guldener, th., 135; Balsiger, th., 163.

RJN I 295 : c'est un cas type de cassation pour violation d'une disposition qui n'est pas claire du tout.

Devant un texte susceptible de plusieurs interprétations toutes valables théoriquement, sans doute la Cour de cassation doit-elle éviter de condamner le choix du juge inférieur ¹⁴³. Il n'a pas commis véritablement une erreur de droit. Elle peut cependant s'écarter de sa manière de voir. La politique de la cassation joue un grand rôle dans les cas de ce genre. La Cour de cassation doit remédier à la formation d'une jurisprudence qui lui paraît inopportune pour des motifs objectifs et d'intérêt général. En tant que Cour doctrinale, elle excelle dans ce travail. Elle est suffisamment éloignée du fait pour juger avec toute l'impartialité nécessaire la valeur des diverses interprétations dont un même texte est susceptible, pour rechercher la véritable volonté objective et autonome de la loi, dont elle assure la vie et le développement. Telle est l'attitude adoptée à juste titre par la Cour de cassation neuchâteloise, en particulier dans deux arrêts de 1939 et de 1949 ¹⁴⁴.

La seule présence d'une erreur ne conduit pas encore à la cassation du jugement. Il faut qu'elle ait une incidence sur la solution juridique du cas concret, sur les droits subjectifs des plaideurs. L'erreur doit être causale ¹⁴⁵. Le CPCN de 1906 mentionnait expressément cette condition *sine qua non* de la cassation (erreur de droit dans le dispositif).

Le jugement dont le dispositif est conforme à la volonté légale ne sera pas cassé quoiqu'il soit vicié dans l'un ou l'autre de ses motifs ¹⁴⁶.

Le Tribunal qui applique une disposition abrogée ne verra pas son jugement annulé par la Cour de cassation, si le litige devait être tranché dans le même sens en vertu de la disposition nouvelle ¹⁴⁷.

Valable dans le temps, cette règle l'est aussi dans l'espace : « Si donc l'application de la loi compétente conduit au même résultat que la loi non compétente que le juge a appliquée, il n'y a point lieu à annulation de la décision attaquée » ¹⁴⁸.

L'erreur de droit dans des motifs surabondants n'entraîne pas non plus la cassation du jugement ¹⁴⁹.

Inversement, l'absence de motifs erronés n'exclut pas encore la cassation. Le dispositif peut être injustifié en vertu d'un aspect du litige auquel la motivation ne fait pas allusion.

Seule l'erreur qui exerce une influence sur le dispositif ou se trouve dans le dispositif fonde la cassation du jugement attaqué. Elle seule est constitutive de la notion d'erreur *in judicando*. La véritable base du dispositif n'est pas en effet la motivation, mais la loi.

*

¹⁴³ Balsiger, 167.

¹⁴⁴ CCC VI 104, 269.

¹⁴⁵ CPCAI. art. 563; RJN I 98.

¹⁴⁶ Glasson, Tissier et Morel, III, 43; Fabreguettes, 290; Calamandrei, II, 155; CCC II 300; CCC IV 144; CCG V 73; RJN I 290, 223; Helberg, 91.

¹⁴⁷ CCC VI 28.

¹⁴⁸ Lewald, 274.

¹⁴⁹ DH 1934 491 : « Un pourvoi n'est pas fondé à puiser un moyen de cassation dans un motif erroné de la décision attaquée alors qu'il ne sert pas de soutien au dispositif et qu'il peut être tenu pour inutile et surabondant. »

La loi, le droit dont la violation entraîne cassation, est assez difficile à préciser. On reconnaît unanimement un sens large à ces termes, en droit français, en droit allemand, en droit italien comme en droit neuchâtelois ¹⁵⁰. L'adjonction du mot « droit » est significative. Le code de procédure civile italien de 1865 ne mentionnait que la violation de la « loi ». Le nouveau code parle de *violazione o falsa applicazione di norme di diritto*. C'est un témoignage caractéristique de l'évolution de la notion de loi en matière de pourvoi en cassation ¹⁵¹. La loi s'entend de tout texte qui émane d'un organe pourvu d'une compétence législative. Que son auteur soit le parlement, le gouvernement ou le pouvoir judiciaire (ordonnance d'exécution du Conseil fédéral, du Conseil d'Etat cantonal, du Tribunal fédéral en vertu de l'article 15 al. 2 LP...) est indifférent.

Les ordonnances administratives internes, qui ont pour objet l'organisation intérieure d'un service public, par exemple, sont-elles des lois au sens de l'article 393 lit. a CPCN, au sens où on l'entend en matière de pourvoi ? M. Schwinge répond par la négative, parce qu'elles ne déploient pas d'effet dans la sphère sociale ¹⁵². Il faut répondre par l'affirmative, à notre sens ; la portée restreinte, spéciale des ordonnances administratives internes, n'entame pas leur généralité. Les fonctionnaires, les usagers d'un service public, ont droit à ce qu'elles soient appliquées selon le principe de l'égalité. En revanche, un acte administratif qui émane aussi de la puissance publique mais qui a un caractère individuel et non une portée générale, un contrat de droit administratif, ne peuvent pas, en cas de violation, fonder la cassation du jugement ¹⁵³.

Peu importe que la loi soit formellement abrogée, si le litige y est soumis, en vertu des règles de droit intertemporel, en vertu de l'article 9 du titre final du CCS, par exemple. La Cour de cassation neuchâtelaise sanctionne, aujourd'hui encore, la méconnaissance du droit civil neuchâtelois antérieur au CCS.

Il n'est pas nécessaire que la disposition législative violée soit en vigueur sur tout le ressort de la Cour de cassation, pour fonder le pourvoi. La Cour de cassation neuchâteloise peut connaître de la fausse application d'une disposition de droit communal. L'objection que le droit non unifié ne requiert pas une uniforme application est sans valeur. La Cour de cassation garantit la réalisation effective de l'égalité devant la loi. Les situations soumises aux mêmes dispositions doivent être résolues également ¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Glasson, Tissier et Morel, III, N° 950; Aubert H., 200; Perrin, 141; Bardot, 134; Morel, N° 660; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1296, 1322; Schwinge, 60; Rosenberg, § 140 III; Balsiger, 35; Helberg, 88.

¹⁵¹ De Maio, 230.

¹⁵² Schwinge, 62, 63.

¹⁵³ Schwinge, 105.

¹⁵⁴ Calamandrei, II, N° 32.

La loi s'entend de toutes les dispositions que les tribunaux soumis à la Cour de cassation appliquent en tant que juges civils. Non seulement le droit matériel peut être l'objet d'une erreur *in judicando*, mais aussi le droit de procédure ¹⁵⁵.

La Cour de cassation civile neuchâteloise ne revoit pas l'application, par le juge pénal, des dispositions du code de procédure pénale neuchâtelois ¹⁵⁶. Elle contrôle en revanche l'application des dispositions du code de procédure pénale, lorsque le juge pénal tranche des conclusions civiles. Les règles de la procédure pénale relatives aux conclusions civiles sont de nature civile, le juge pénal qui tranche les dites conclusions se transforme en juge civil, dit en substance la Cour de cassation neuchâteloise ¹⁵⁷.

La Cour de cassation connaît des contraventions aux traités internationaux ¹⁵⁸, des contraventions aux concordats ou traités intercantonaux.

La violation du droit d'un autre canton entraîne-t-elle la cassation en droit neuchâtelois? Cela ne fait aucun doute. C'est la conséquence nécessaire et juste de l'article 2 de la Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour : « Le juge est tenu d'appliquer d'office le droit d'un autre canton ».

La violation d'une coutume ouvre-t-elle le pourvoi? La question a une importance théorique surtout.

La pratique française répond par la négative. La Cour de cassation française « se range visiblement », écrit M. Maury, « à l'opinion traditionnelle que la loi écrite est en France la seule source de droit et que les autres sources ne peuvent avoir d'autorité que dans la mesure où la loi s'y est référée » ¹⁵⁹. En raison du peu d'importance pratique de la question, M. Marty ne formule pas de critique à l'encontre de cette jurisprudence.

En se basant sur l'égalité de la loi et de la coutume du point de vue des sources du droit ¹⁶⁰, Gény préconise un contrôle de la Cour de cassation en matière de droit coutumier : « ... de même qu'elle pourrait avoir à constater une loi alléguée devant elle, dont l'existence ou le texte serait mis en doute, de même il lui incombe nécessairement de constater les éléments d'une coutume contestée » ¹⁶¹.

Contrairement à la jurisprudence française, le droit allemand ¹⁶² et,

¹⁵⁵ CCC V 427.

¹⁵⁶ CCC VI 242; IV 366.

¹⁵⁷ CCC V 429.

¹⁵⁸ Grépon, II, 515; CCC III 338; CCC V 29. Il faut que le traité ait validité en droit suisse, c'est-à-dire qu'il ait été ratifié et publié; Ruck, *Schweizerisches Staatsrecht*, Zurich 1957, 327, 328.

¹⁵⁹ Glasson, Tissier et Morel, III, 476; Marty, th., N° 68, 69.

¹⁶⁰ Tuor, *Le Code civil suisse*, trad. Deschenaux, 2° éd., Zurich 1950, p. 33.

¹⁶¹ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 562.

¹⁶² Rosenberg, § 140 III 1 a; Schwinge, 61.

semble-t-il, le droit italien¹⁶³ donnent le recours à la Cour suprême pour violation de la coutume.

On peut invoquer des arguments sérieux en faveur de l'une comme de l'autre solution.

Le peu d'importance pratique de la coutume ne saurait être retenu sur le plan théorique.

Le raisonnement de Géný est d'une logique impeccable. La loi et la coutume sont deux sources formelles juridiquement égales. La supériorité technique de la première rompt cette égalité en fait seulement.

La théorie téléologique de la distinction du fait et du droit conduit à considérer la violation de la coutume comme une erreur de droit. La constatation des faits constitutifs de la coutume importe non seulement pour le cas concret, mais aussi pour des cas futurs analogues.

On pourrait objecter que le pourvoi, corollaire de la loi, ne se concilie pas avec la technique d'élaboration de la coutume. La loi, douée non seulement d'un esprit, mais d'une vie propre, objective une volonté, incarnée dans un texte sans doute, mais non liée à une application effective. La coutume, au contraire, suppose une application, un respect effectif, en plus de l'*opinio necessitatis*. La modification de l'usage transforme la teneur de la coutume. Elle est impropre à modifier le contenu de la loi. Le juge est lié à la volonté objective de la loi. Pour connaître la teneur de la coutume, il doit constamment retourner aux faits, pour la vérifier. La jurisprudence oriente la vie de la loi; elle est le facteur essentiel de son développement. Peut-elle aussi animer la coutume et la développer? Ce faisant, ne la détacherait-elle pas de ses éléments constitutifs, ne la dénaturerait-elle pas? La loi, produit de l'intelligence, (elle provient parfois d'une coutume mais n'en est plus une) peut être développée par le raisonnement. La coutume, en revanche, n'y perdrait-elle pas, au moins partiellement, son caractère de coutume?

Cet argument a emporté tout d'abord notre conviction. Il repose pourtant sur une vue trop théorique de la réalité juridique. La loi n'est pas immuable. La coutume n'est pas nécessairement instable. M. Lange écrit justement : « *Das Recht ist als Gesetzes Recht wie als Gewohnheitsrecht in ständigem Fluss* »¹⁶⁴. D'autre part, le risque que la Cour suprême dénature la règle de droit existe non seulement sur le plan du droit coutumier mais aussi sur le plan de la loi. En matière de coutumes, comme en matière de lois, la Cour suprême ne doit pas exercer un rôle paralysateur. Elle doit adopter le droit à l'infrastructure, à l'état de la civilisation et à la culture. Il convient donc de lui reconnaître un pouvoir complet d'examen sur les règles coutumières. La constatation et l'interprétation de la coutume exigent une recherche de faits qualitativement identique à la vérification de la vali-

¹⁶³ De Maio, 230; Chioyenda, 870.

¹⁶⁴ Lange, BGB allgemeiner Teil, 4^e éd., Munich et Berlin 1958, § 7.

diré et du sens d'une loi. Les faits constitutifs de la coutume ne sont pas les faits de la cause, seuls exclus du contrôle de la Cour de cassation.

La violation d'un usage ne peut être invoquée à l'appui d'un pourvoi devant la Cour de cassation française. Selon l'opinion traditionnelle, la coutume se distingue de l'usage en ce qu'elle suppose un élément psychologique : l'*opinio juris* ou *necessitatis*. La coutume est un usage considéré comme juridiquement obligatoire. « Les usages ont une instabilité nécessaire, des variations qui empêchent de parler de leur violation au même titre que la loi »¹⁶⁶.

Le professeur Solus excepte deux cas : l'usage transformé en loi et l'usage auquel la loi se réfère¹⁶⁶.

L'usage transformé en loi n'est plus un usage au sens technique du terme. Sa violation ouvre naturellement le pourvoi.

Le second cas est d'importance. Il convient en effet de distinguer de l'usage ordinaire, celui auquel la loi renvoie. Cela se produit assez fréquemment, et dans des matières importantes¹⁶⁷.

L'usage ordinaire ne constitue pas une source du droit objectif. C'est une simple pratique habituelle, à laquelle on peut déroger. Il constitue l'expression d'une volonté tacite¹⁶⁸. Il relève exclusivement du fait, comme les règles contractuelles.

L'usage auquel la loi renvoie peut fonder un pourvoi. La loi renonce sans doute, par ce renvoi, à une règle uniforme et continue. Elle admet que la question soit tranchée selon tous les usages concevables. Pourtant cet usage fait partie du droit fédéral.

La violation du droit cantonal antérieur au CCS, et tenu par l'article 5 al. 2 du CCS comme l'expression de l'usage local, ouvre le pourvoi en cassation, à moins d'un usage effectif contraire qui l'aurait abrogé. (La violation du droit cantonal appliqué comme tel, en vertu des règles de droit intertemporel, constitue, nous l'avons vu, un motif de cassation.)

Les auteurs enseignent que la violation d'une jurisprudence constante, même séculaire, ne donne pas ouverture à cassation¹⁶⁹. Comment expliquer alors que la Cour de cassation neuchâteloise fonde des annulations sur des principes posés par le Tribunal fédéral¹⁷⁰. Plus généralement, de nombreux

¹⁶⁶ Marty, th., 116, 157, 164; S 1929 I 338, note 1; BACCC 1948, N° 174, p. 196 : « Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour se prononcer sur l'existence d'un usage affirmé par l'une des parties et dénié par l'autre. Leur appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation. » De même BACCC 1947, N° 113, p. 122.

¹⁶⁶ Solus, Cours, 799.

¹⁶⁷ Tuor, *op. cit.*, 26.

¹⁶⁸ ATF 47 II 63; JT 1922 I 46. ATF 83 II 522; JT 1958 I 516.

¹⁶⁹ Crépon, II, N° 1909, p. 532; Fabreguettes, 389; Garsonnet et Cézard-Bru, IV, 653; Marty, th., 115; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1340; BACCC 1958, IV, N° 595, p. 443 : « La violation d'une jurisprudence ou son interprétation hypothétique ne constitue pas une ouverture à cassation.

¹⁷⁰ CCC VI 25, 154, 229.

principes reposent sur la jurisprudence; or, leur violation entraîne régulièrement cassation. Ensuite, les vieux textes législatifs ne sont pas sanctionnés selon leur sens primitif, mais selon leur sens actuel, établi par la jurisprudence.

La confrontation de la réalité et de la théorie accuse une contradiction. Ou bien, la jurisprudence est une source formelle du droit; elle ouvre le pourvoi lorsqu'elle est violée; et la pratique a raison. Ou bien, la jurisprudence n'est pas une source formelle; elle n'ouvre pas le pourvoi lorsqu'elle est violée; et la doctrine a raison. Ou bien, la théorie et la pratique ont l'une et l'autre raison parce que la contradiction est illusoire. *Felix qui potuit rerum cognoscere causas!*

Deux considérations atténuent en tout cas l'antinomie. Sans être une source formelle, la jurisprudence jouit d'une autorité de fait qui l'en rapproche. Elle bénéficie d'un phénomène d'inertie. Dès l'instant où elle pose une règle, il y a une plus forte probabilité qu'on la suive plutôt qu'on y déroge. Ensuite, certaines règles jurisprudentielles valent parce qu'elles sont bonnes, parce qu'elles correspondent heureusement à l'infrastructure et à l'état de la civilisation. En faisant respecter une règle jurisprudentielle, la Cour de cassation ne réprime pas la violation de la jurisprudence, mais la violation de la volonté légale objective, de la loi vivante, telle qu'elle est révélée par la jurisprudence ¹⁷¹.

Les principes généraux, qui s'appuient non sur un texte précis, mais sur l'ensemble des textes légaux, pourraient être qualifiés de principes quasi légaux. Ils expriment une volonté autonome, au même titre que la loi. Leur violation donne ouverture à cassation ¹⁷².

La violation des règles contractuelles et sociales (statuts de sociétés, d'associations...) ne constitue pas un moyen de cassation.

La Cour de cassation française a sanctionné, durant une courte période, la violation des conventions en s'appuyant sur l'article 1134 du Code civil français qui parle de « loi des parties » pour désigner les règles librement consenties ¹⁷³. Cette jurisprudence fut définitivement abandonnée en 1808.

Depuis lors, les juges du fond constatent et interprètent souverainement le sens des contrats et des statuts sociaux, sous réserve des règles juridiques d'interprétation. En outre, les interprétations arbitraires en droit neuchâtelais, qui « dénaturent » le sens du contrat en droit français, peuvent fonder le pourvoi ¹⁷⁴.

¹⁷¹ Cf. *supra*, p. 111 ss.

¹⁷² Morel, 31. L'interdiction de l'abus de droit, par exemple, est un principe général valable pour tous les domaines du droit (ATF 83 II 345; JT 1958 I 194 ss).

¹⁷³ Marty, th., 111; S 1808 I 183; CCFr. art. 1134 al. 1: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

¹⁷⁴ S 1926 I 286: « Le pouvoir qui appartient au juge du fond d'interpréter en cas de besoin les statuts d'une société comme toutes autres conventions, ne va pas jusqu'à en dénaturer le sens lorsqu'il est clair et précis et ne prête à aucune ambiguïté. » Siegwart, Com. zurichois, *Die Aktiengesellschaft*, sous art. 626, p. 203.

Parce que la constatation du contenu des règles contractuelles et sociales est soustraite au contrôle de la Cour de cassation, l'application de telles règles l'est aussi. Cette jurisprudence est parfaitement justifiée.

L'argument tiré de l'article 1134 du Code civil français, la conception kelsenienne des sources du droit ne peuvent être retenus en matière de cassation. La règle contractuelle crée un droit subjectif mais non un droit objectif¹⁷⁵.

On rencontre des cas troublants. Un contrat se réfère au droit dispositif par son silence sur une question. Un autre y renvoie expressément. Un troisième incorpore dans son texte le principe contenu par le droit dispositif. La limite des questions qui accèdent à la Cour de cassation est singulièrement difficile à placer. Le fondement de la jurisprudence traditionnelle, qui exclut le contrôle de la Cour de cassation sur la constatation et l'application des conventions, permet pourtant de la tracer.

La volonté des parties n'est pas la volonté de la loi, mais son prolongement. En donnant un ordre, la loi exprime exhaustivement la volonté que les sujets de droit se comportent de telle ou telle manière. En consacrant le principe de l'autonomie, elle se soucie seulement de rendre obligatoire l'accord librement consenti; elle n'impose pas un commandement direct, dans les limites des bonnes mœurs, de la bonne foi... (causes de nullité du contrat)¹⁷⁶.

Pour ces motifs, la règle de droit dispositif constitue ouverture à cassation si elle est violée, contrairement à la règle, fût-elle semblable, établie par les parties. La première exprime la volonté légale qu'en telles circonstances (absence de convention), les parties se comportent d'une certaine manière et non d'une autre. La règle contractuelle, en revanche, n'est pas un commandement de la loi, mais l'accord des parties auquel la loi accorde efficacité.

Lorsque les parties renvoient expressément au droit dispositif, elles entendent se soumettre à la loi. La violation de la règle dispositive constitue une violation de la loi. Elle ouvre le pourvoi.

Lorsque les parties répètent dans le contrat un principe du droit dispositif, l'interprétation du contrat permettra de savoir si elles entendaient renvoyer au droit objectif dispositif ou créer une règle contractuelle propre. Celle-ci peut avoir un sens particulier, malgré ses analogies avec le droit dispositif.

Les contrats d'adhésion conservent leur nature contractuelle malgré leur processus particulier d'élaboration¹⁷⁷.

Les règlements de travail, dont parle l'article 321 CO, procèdent de la volonté des parties en dépit de leur portée générale. Ils sont de nature pure-

¹⁷⁵ Von Tuhr, *op. cit.*, § 20.

¹⁷⁶ Calogero, N° 57.

¹⁷⁷ Patry R., *Les contrats d'adhésion comme source de droit*, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, ZBJV, 1955, vol. 91 bis, p. 386.

ment contractuelle. Au contraire, les contrats collectifs de travail, les contrats collectifs munis de la déclaration de force obligatoire, et les contrats types, dont il est question aux articles 322 à 324 CO, constituent une source de droit objectif¹⁷⁸. Leur violation ouvre le pourvoi, c'est une question de droit¹⁷⁹.

Peut-on se pourvoir en cassation pour le motif que le juge inférieur n'a pas retenu un fait notoire, ou qu'il en a tenu compte, mais dans un sens contraire à sa notoriété ? M. Marty répond par la négative¹⁸⁰ : « Nous croyons que la cassation pour méconnaissance d'un fait notoire se heurte à un obstacle absolu qui tient à l'interdiction faite au juge, dans notre procédure, de tenir compte de la connaissance personnelle qu'il peut avoir des faits du litige. Cette interdiction s'applique à la Cour de cassation comme à toute juridiction. La Cour ne peut donc pas, pour casser une décision, se contenter d'invoquer la notoriété que possède à ses yeux un fait méconnu par le juge. »

L'argumentation est spécieuse. Le fait notoire n'est pas soumis au régime ordinaire de preuve qu'invoque M. Marty. Il doit être retenu, au contraire, d'office par le juge¹⁸¹. Il faut distinguer la connaissance personnelle, la connaissance officielle, fonctionnelle, d'un fait notoire de la connaissance personnelle d'un fait de la cause. Le juge doit faire abstraction de ce dernier uniquement. En conséquence, l'omission ou la méconnaissance d'un fait notoire ouvre le pourvoi.

S'agit-il d'une erreur *in judicando* ou *in procedendo* ? L'omission d'un fait notoire constitue une violation de l'obligation d'agir d'office ou de statuer sur un fait allégué. La méconnaissance d'un fait notoire s'analyse en une contradiction entre le jugement et les pièces du dossier. Le fait notoire, sinon matériellement du moins spirituellement, fait partie du dossier¹⁸².

*

¹⁷⁸ Von Tuhr, *op. cit.*, § 20, p. 121, 122, prétend, contrairement à la thèse fréquemment soutenue, que le contrat collectif « ne crée pas du droit objectif, mais une obligation des parties qui se trouve à la vérité renforcée d'une manière anormale par une restriction à la liberté de contracter ». Il l'assimile aux statuts d'une association. L'argumentation ne nous convainc pas. La restriction à la liberté de contracter se fonde sur la loi (qui proclame l'autonomie) ou sur la volonté autonome elle-même. Si les statuts et les restrictions qu'ils entraînent se fondent sur la volonté autonome des sujets de droit (les associés ont le droit de se retirer de la personne morale), il n'en va pas de même, croyons-nous, des contrats collectifs de travail. L'ouvrier ou le patron subissent parfois ces contrats. Il paraît donc juste de considérer qu'ils créent du droit objectif.

¹⁷⁹ JT 1920 I 110 ss; saisi par un recours en réforme, le Tribunal fédéral se livre à l'interprétation du contrat collectif « tel qu'il a été conclu ».

¹⁸⁰ Marty, *th.*, 362.

¹⁸¹ Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris 1955, N° 333; Redenti, II, 30.

¹⁸² ATF 83 II 343; JT 1958 I 119.

Les internationalistes ont étudié le problème du contrôle de la Cour suprême sur l'application du droit étranger. La simple existence d'un problème révèle l'attitude traditionnellement négative de la jurisprudence. Si les Cours suprêmes contrôlaient l'application du droit étranger comme du droit national, on ne chercherait pas à justifier cette pratique. Les arguments se présenteraient d'eux-mêmes.

Les difficultés sont multiples en cette matière. Les textes législatifs ne révèlent pas toujours avec certitude le statut procédural réservé par le droit judiciaire privé au droit étranger. L'application du droit étranger pose une pépinière de questions susceptibles de nombreuses réponses. Il n'est pas possible pour cette raison de répartir les législations en deux groupes simplement opposés, celles qui proclameraient l'égalité du droit étranger et du droit national et celles qui proclameraient l'égalité du droit étranger et des questions de fait.

Qui décide de l'application du droit étranger ? Suffit-il d'une requête des parties, faut-il en outre une démonstration de l'applicabilité du droit étranger, ou le juge agit-il d'office ?

Qui procure la connaissance du droit étranger ? les parties exclusivement, le juge ou les acteurs du procès collaborent-ils ?

Comment est fournie la connaissance du droit étranger ? à l'aide des preuves ordinaires ou par des moyens spéciaux d'investigation ?

Quelle doit être l'attitude du tribunal, lorsqu'il ne peut obtenir la connaissance du droit étranger ? doit-il rejeter la demande, refuser de trancher, appliquer subsidiairement le droit interne ou faire œuvre de législateur conformément à l'article 1 CCS ?

De quelle manière interpréter le droit étranger ? rechercher comment il est appliqué en fait à l'étranger ? se placer dans la perspective du droit étranger ? avoir recours aux règles nationales d'interprétation ?

Quel rôle enfin jouent les voies de recours dans l'application du droit étranger ? garantissent-elles la recherche de l'existence et de la teneur du droit étranger, sa saine application, la mise en œuvre correcte des procédés d'investigation ?

On se rend compte des combinaisons infinies que peuvent adopter les législations.

Pour vaincre l'opinion traditionnelle qui exclut du contrôle de la Cour de cassation l'application du droit étranger, il faut réfuter des arguments qui relèvent du droit international privé, de la fonction de la Cour suprême et finalement de l'opportunité.

Les Cours suprêmes française et allemande limitent leurs investigations à la saine application du droit international privé national. Elles ne contrôlent pas l'application du droit étranger, ni, le cas échéant (renvoi), du droit international privé étranger ¹⁸³.

¹⁸³ Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 98 ; S 1939 IV 20, note 1 ; D 1950 361 ; BACCC 1954 I p. 307 N° 368 ; 1958 I p. 163 N° 207 ; 1958 I

La Cour de cassation italienne, en revanche, revoit la saine application du droit international privé italien et du droit étranger. Cette jurisprudence n'a pas encore atteint un point stable de développement. Elle ne manque pas d'illogisme puisque la preuve de l'existence et du contenu du droit étranger incombe encore aux parties¹⁸⁴.

La solution traditionnelle vaut en droit fédéral suisse. Le droit étranger est parfois appliqué directement par le Tribunal fédéral. Mais sa violation n'ouvre pas le recours en nullité ou le recours en réforme¹⁸⁵.

Les droits cantonaux considèrent très généralement¹⁸⁶ le droit étranger comme un élément de fait dont les parties doivent prouver le contenu et apporter la connaissance au juge. Telle est en particulier la solution neuchâtoise¹⁸⁷.

C'est à dessein que nous n'avons pas mentionné les fondements légaux de ces pratiques. Les dispositions qui s'y rapportent ne sont pas toujours révélatrices ni élaborées selon une logique rigoureuse.

Le droit italien admet que la Cour de cassation contrôle l'application du droit étranger bien qu'il le considère comme un élément de fait. En droit allemand, le juge peut appliquer d'office le droit étranger dont il a une connaissance personnelle. Il y est même obligé malgré la lettre de l'article 293 CPCAl. (*das Gericht ist... befugt*). Pourtant la loi étrangère n'est pas une *revisibles Gesetz*¹⁸⁸.

Le Tribunal fédéral aurait pu, depuis longtemps, justifier son intervention par la combinaison des articles 2 al. 2 et 32 LRDC. Sa jurisprudence ne se justifie plus aujourd'hui que par la tradition : la règle de la loi de procédure civile fédérale de 1850, selon laquelle le droit étranger était un fait à prouver, a été abandonnée dans l'intention de mettre le droit étranger sur le même pied que le droit suisse.

On peut s'étonner, avec M. Brogini¹⁸⁹, de voir coexister des règles cantonales qui placent le droit étranger parmi les éléments de fait du litige et les articles 2 et 32 LRDC. Aucune compétence ne devrait être reconnue aux cantons. La matière est régie par des dispositions fédérales, malheureusement trop claires, semble-t-il, pour être respectées.

p. 250 N° 314; 1958 I p. 252 N° 315; Walker, *Internationales Privatrecht*, Vienne 1921, pp. 207, 208; Rosenberg, §§ 140 III 1 b, 112 IV, 142 II 4.

¹⁸⁴ Brogini, 127; Chiovenda, 679, 870.

¹⁸⁵ Birchmeier, 79; OJF art. 65.

¹⁸⁶ Notons la règle intéressante du CPC schaffhousois (art. 146) : « *Fremdes Recht hat der Richter von amtes wegen zu beachten, wenn er sichere Kenntnis davon hat. Fehlt ihm diese Kenntnis, so hat die Partei, die sich darauf beruft, den Inhalt des fremden Rechtes nachzuweisen, andernfalls der Richter befugt ist die Sache nach ihm bekannten Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.* » Brogini, 148.

¹⁸⁷ Guldener, Zpr., 134; CPCN art. 70.

¹⁸⁸ Rosenberg, § 112 IV.

¹⁸⁹ Brogini, 142, 159.

MM. Lewald et Colin ¹⁹⁰ pensent qu'aucune disposition légale française n'empêcherait l'intervention de la Cour de cassation dans le domaine de l'application du droit étranger.

De jure condendo toutes les opinions sont représentées.

Un premier groupe d'auteurs approuve la solution traditionnelle ¹⁹¹.

Un deuxième groupe tient compte des obstacles pratiques que rencontrerait un contrôle général de l'application du droit étranger. Il propose d'étendre au droit étranger la théorie de la dénaturation qui limite le pouvoir souverain du juge du fond dans l'interprétation des conventions et des statuts des sociétés ¹⁹². La Cour de cassation pourrait de cette manière sanctionner les violations les plus graves des droits étrangers.

Un troisième groupe, enfin, réclame l'égalité du droit étranger et du droit national et un contrôle général de la Cour suprême ¹⁹³.

Le droit étranger est un pur fait au-delà des frontières de l'Etat dont il émane, disent les partisans de la pratique traditionnelle.

La loi étrangère sur territoire national ne serait pas une loi parce qu'elle ne satisfait pas aux conditions auxquelles le droit public national soumet la validité de sa propre législation ¹⁹⁴. L'argument est invoqué pour les besoins de la cause. Si une telle règle existait dans l'espace, elle vaudrait dans le temps aussi, ce qui ne se vérifie pas. Un changement du formalisme législatif n'entraîne pas abrogation de toutes les lois antérieures. On ne peut soutenir non plus que la loi n'est efficace que dans le cadre de la puissance étatique. Une loi a une existence indépendante de son auteur. Elle peut franchir les révolutions comme les frontières.

Selon M. Batiffol ¹⁹⁵, le droit étranger est un fait. Le juge national qui l'applique ne recherche pas ce qui doit être, mais uniquement ce qui est à l'étranger. Il applique le droit étranger comme le juge étranger, et non comme il pense que ce droit devrait être appliqué. On ne peut arguer de cette considération en faveur de la nature de fait du droit étranger ¹⁹⁶. La

¹⁹⁰ Lewald, 286; Colin, 406, 794.

¹⁹¹ MM. Batiffol, Niboyet (*Cours de droit international privé français*, Paris 1949, N° 531), Salomé et Joly sont partisans de la solution traditionnelle.

¹⁹² Lewald, 318; Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 111; BACCC 1947 p. 209 N° 48, 49 : « S'il appartient aux juges du fait d'interpréter les conventions des parties, il ne leur est pas permis, quand elles sont claires et précises, d'en méconnaître le sens et la portée. » De même : BACCC 1947 p. 178 N° 37; p. 274 N° 262.

¹⁹³ Colin, 799; Arminjon, *Précis de droit international privé*, Paris 1947, N° 208, 209; Rogery, 110, 114; Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris 1914, N° 439; Walker, *op. cit.*, 200; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 560 : « Je serais même disposé à dépasser un peu les prétentions de notre Cour suprême, telles que les a consacrées sa jurisprudence, et à supprimer certaines restrictions de son pouvoir régulateur, qui me paraissent peu en harmonie avec sa tendance générale en cette matière. » Il fait allusion au droit étranger.

¹⁹⁴ Joly, 88.

¹⁹⁵ Batiffol, *op. cit.*, N° 332.

¹⁹⁶ Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 102, 103.

constatation d'une coutume exige aussi la recherche de ce qui est ; sa nature juridique n'est pas mise en doute pour autant. Le juge qui applique la loi nationale recherche aussi la volonté légale telle qu'elle est. Sans doute y a-t-il une différence dans la manière d'interpréter la loi nationale et la loi étrangère. Mais cette différence ne change pas la nature du droit étranger. M. le conseiller Holleaux déclare dans la discussion qui suit le rapport de M. Maury au Comité français de droit international ¹⁹⁷ : « Les distinctions que l'on établit facilement en théorie entre le procès interne et le procès international, si on les place sur le terrain vraiment pratique, sur le terrain psychologique du juge du fait, sont, dans une large mesure artificielles. » Dans l'application du droit national et du droit étranger, M. Holleaux estime que l'activité du juge est absolument identique. Le principe selon lequel le juge applique d'office le droit indigène qu'il est censé connaître, mais non le droit étranger qu'il ignore, est une fiction. Le juge peut rencontrer des problèmes de droit national qu'il connaît moins bien que certaines questions de droit étranger. « Le juge français est censé connaître tout son droit national ; c'est une fiction flatteuse, mais c'est une fiction », proteste le conseiller.

Le droit étranger serait un fait parce qu'il doit être prouvé devant le juge national. Le raisonnement est vicieux. C'est la nature véritable du droit étranger qui doit dicter son statut procédural, et non l'inverse. Le statut procédural actuel du droit étranger a été dicté par des considérations purement pratiques. La théorie de la nature de fait du droit étranger a vraisemblablement été élaborée en droit international privé pour justifier le statut procédural. Ensuite, si vraiment le droit étranger était un fait, la partie qui l'invoque sans le prouver devrait perdre son droit. Le droit étranger doit être prouvé, mais il s'agit d'une preuve particulière ¹⁹⁸.

Le droit étranger n'est assimilable ni au droit national, ni à un élément de fait du litige. La loi étrangère se range néanmoins parmi les éléments de droit qui concourent à la solution du litige. Elle vaut sur territoire national en vertu de la loi nationale. Elle participe à la solution d'un litige non en tant que fait mais en tant qu'élément juridique. Elle détermine ce qui doit être. La théorie de M. Brogginini nous paraît particulièrement séduisante : le droit étranger est un élément d'une solution autonome ¹⁹⁹. La nature du droit étranger ne constitue donc pas un obstacle théorique qui empêcherait le contrôle de la Cour de cassation.

Si le droit étranger n'est pas un élément de fait de par nature, procéduralement il est considéré comme tel, pour partie au moins : les plaideurs doivent prouver l'existence et le contenu du droit étranger qu'ils invoquent. C'est incontestablement l'argument le plus solide de la théorie tradition-

¹⁹⁷ Maury, *ibid.*, 123.

¹⁹⁸ Brogginini, 116 à 118 et 125.

¹⁹⁹ Brogginini, 111, 168, 170.

nelle. Mais le droit étranger, traité, en partie au moins, comme un fait à prouver, est une conception primitive. Il faut la combattre. Le droit international privé réalise un progrès par rapport à l'application purement territoriale des lois. Il permet des solutions plus souples, plus harmonieuses et plus justes. Le monde civilisé reconnaît la nécessité de soumettre certains rapports litigieux, sur territoire national, au droit étranger. En conséquence, le droit étranger doit non seulement évincer le droit national, mais encore bénéficier des garanties que le droit judiciaire privé prévoit dans l'application du droit national. Obliger le juge à prendre connaissance du droit étranger²⁰⁰, dans la mesure du possible, lui procurer et lui indiquer les moyens utiles d'investigation²⁰¹, constituent des progrès que le droit de procédure doit accomplir. On les réclame. Ils sont en passe d'être réalisés. Ils sont consacrés en droit allemand²⁰². M. Maury les souhaite ardemment en droit français. En droit suisse, ils seraient plus conformes aux articles 2 et 32 LRDC. Le juge devrait être obligé de faire toutes les démarches nécessaires à la connaissance du droit étranger, en s'associant la collaboration des plaideurs lorsque cela est nécessaire.

La consécration de cette solution n'impliquerait pas nécessairement la possibilité de recourir en cassation, en réforme ou en nullité, pour violation du droit étranger. Il faut pour cela non seulement que le droit étranger jouisse des garanties procédurales accordées au droit national, mais encore que l'accès à la Cour suprême se légitime. Des auteurs ont prétendu en effet que la Cour suprême a pour fonction exclusive la défense et l'uniforme application du droit objectif national²⁰³. Si tel était le cas, elle épuiserait effectivement sa mission dans le contrôle de la saine application des règles de conflits nationales. D'autres sont d'avis contraire. L'intervention de la Cour de cassation se justifie dans le domaine du droit étranger comme en droit national. Selon M. Marty, les lois qui instituent le pourvoi en cassation ne limitent nullement son utilisation à l'uniforme application du droit natio-

²⁰⁰ Walker, *op. cit.*, *ibid.* : « In den letzten Jahrzehnten drang mehr und mehr die Anschauung durch, dass der Richter in den Fällen, wo die Anwendung ausländischen Rechts geboten ist, ausländisches Recht von amtswegen anzuwenden habe. Diese Anschauung ist die richtige; denn das fremde Recht ist Recht, so gut Recht wie das einheimische. Der innere Grund für die Anwendung ausländischen Rechts liegt in einem Gebot der Gerechtigkeit, das jeder Staat, der den Anspruch erhebt, ein Rechtsstaat zu sein, erfüllen muss, nicht in einer Gefälligkeit, in der *comitas gentium*, wie eine ältere Lehre annahm... »

²⁰¹ Brogginì, 169 : « Dotare il giudice svizzero dei mezzi sufficienti per conoscere in patria il diritto straniero appare così un postulato evidente di politica giudiziaria. »

²⁰² Le juge allemand applique d'office le droit étranger s'il en a une connaissance personnelle. Dans le cas contraire, les parties doivent en prouver le contenu ; mais le juge n'est pas lié aux preuves fournies. Il peut, il doit même, en exiger d'autres lorsque les recherches accomplies par les parties s'avèrent insuffisantes. Rosenberg, p. 528 ; CPCAL art. 293.

²⁰³ Joly, 89 ; Batiffol, *op. cit.*, N° 340 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Paris 1954, p. 231, N° 211.

nal²⁰⁴. Nous partageons cette opinion. La possibilité de se pourvoir n'est pas un privilège réservé exclusivement aux plaideurs soumis au droit national. Elle fait partie du statut procédural que réclame le droit étranger²⁰⁵. Les étrangers bénéficient de l'égalité devant la loi, comme les nationaux. L'égalité devant la loi n'est pas seulement l'égalité devant la loi nationale mais aussi l'égalité devant la loi étrangère. On ne peut nier l'importance de l'uniforme application du droit étranger sur territoire national, étant donné le développement des rapports internationaux²⁰⁶.

On a enfin invoqué des arguments pratiques contre le contrôle de l'application du droit étranger par la Cour de cassation. Ce contrôle serait très difficile, impossible même²⁰⁷. Si tel était le cas, il faudrait mettre en doute l'idée même d'un droit international privé. Pourquoi ce qui doit être possible pour un juge inférieur, une cour d'appel, ne le serait pas pour la Cour suprême ? Il semble au contraire que les questions difficiles pour un tribunal inférieur le sont un peu moins pour les magistrats les plus qualifiés d'un pays. N'est-ce pas dans les domaines hérissés de difficultés que le pourvoi se justifie le plus, que les juges suprêmes devraient se sentir le plus à leur aise ?²⁰⁸

La Cour suprême compromettrait son autorité dans ces recherches souvent délicates. Elle courrait le risque de se mettre en contradiction avec les autorités judiciaires suprêmes du pays dont elle interpréterait le droit²⁰⁹. L'argument n'est pas décisif, malgré son importance. Des juridictions supérieures pourraient remédier aux conflits des Cours suprêmes, accomplissant ainsi un pas de plus vers l'unification du Droit sur le plan international.

On a dit que la Cour suprême sortirait de son rôle : elle devrait consulter les pièces fournies par les parties²¹⁰. Cela est peut-être vrai si le juge se contente des pièces et des preuves fournies par les parties. Cela cesse de l'être si le juge est censé connaître le droit étranger, ou s'il peut l'appliquer d'office, selon la connaissance personnelle qu'il en a. D'ailleurs l'examen des preuves fournies par les parties ne différerait en rien de la prise en considération d'une consultation juridique demandée à un spécialiste, laquelle est recevable pour la première fois devant le Tribunal fédéral²¹¹.

La meilleure preuve que ces arguments ne dressent pas des obstacles infranchissables nous est fournie par la réalité même : en certains pays, la Cour suprême contrôle l'application du droit étranger par le juge infé-

²⁰⁴ Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 101, 102.

²⁰⁵ Arminjon, *op. cit.*, 66, 67.

²⁰⁶ Lewald, 279; Rogery, 133.

²⁰⁷ Salomé, 169; Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, 231.

²⁰⁸ Colin, 407.

²⁰⁹ Joly, 106, 107.

²¹⁰ Batiffol, *op. cit.*, N° 340.

²¹¹ JT 1958 I 584.

rieur²¹². La solution traditionnelle est adoptée par pure commodité, il ne faut pas lui chercher un fondement théorique²¹³.

Une conclusion semblable s'impose lorsqu'on compare l'attitude de la Cour de cassation en face des conflits internationaux et en face des conflits intertemporels. Elle censure parfois l'application d'un droit national très ancien. Elle ne refuse pas de remplir cette tâche sous prétexte de difficultés.

En vertu de la théorie traditionnelle, le droit national, appliqué sur renvoi du droit étranger ou par présomption d'identité, est du droit étranger. Sa violation ne peut fonder un pourvoi.

Le droit étranger s'applique à différents titres sur le territoire national, et non seulement en vertu des règles de conflit *stricto sensu*. L'article 7 lit. h LRDC, par exemple, reconnaît l'existence d'un droit si le droit étranger a une teneur particulière. M. Lewald admet, dans le cadre de la théorie traditionnelle, que la Cour de cassation contrôle le contenu du droit étranger dans cette hypothèse. Sa violation implique méconnaissance du droit national. Mais toute appréciation erronée des éléments de fait du litige implique semblable violation de la loi. Le droit peut être méconnu à la suite d'une erreur de droit proprement dite ou à la suite d'une fausse appréciation des faits. Dans cette seconde hypothèse, seule la volonté subjective de la loi est violée. Or, la violation de la volonté objective uniquement fonde le pourvoi en cassation. L'erreur commise dans la recherche du droit étranger aux fins de l'application de l'article 7 lit. h LRDC ne viole que la volonté subjective de la loi suisse. Dans le cadre de la théorie traditionnelle, il faut donc traiter ce cas comme toute autre violation de droit étranger appliqué en vertu du droit international privé proprement dit.

A l'inverse, dans le cadre de la théorie moderne, le pourvoi sanctionne les violations du droit étranger de façon tout à fait générale. Le titre auquel le droit étranger est appliqué n'importe pas. Le problème est toujours le même : rechercher une solution dans le droit étranger²¹⁴.

²¹² Walker, *op. cit.*, 208; Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 101, 102.

²¹³ Arminjon, *op. cit.*, N° 209 : « Les considérations théoriques qu'on y ajoute ont été imaginées pour donner une couleur juridique à une pratique qui se fonde sur des considérations d'opportunité. »

Lerebours-Pigeonnière, 121 (discussion faisant suite au rapport de M. Maury sur la condition de la loi étrangère en droit français) : « Je suis parfaitement d'accord sur le fait que ce ne sont pas, au fond, les textes qui ont amené la Cour de cassation à écarter tout contrôle de l'interprétation; elle l'a écarté parce qu'elle n'en voulait pas et, aujourd'hui encore, la Cour de cassation l'écartera autant qu'elle pourra, parce qu'elle n'en veut pas; elle n'en veut pas, je crois, parce qu'elle ne le peut pas. »

²¹⁴ Broggin, 162; Lewald, 303.

§ 2. LES ERREURS IN PROCEDENDO.

Incompétence et excès de pouvoir (art. 393 lit. b CPCN).

Les deux termes s'emploient souvent indistinctement²¹⁵. L'excès de pouvoir et l'incompétence forment une seule ouverture à cassation en droit neuchâtelois. Le jugement attaqué pour incompétence seulement est aussi examiné du point de vue de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat tenait l'excès de pouvoir pour un double inutile, lors de l'élaboration du code de procédure de 1906²¹⁶. Il proposa de le supprimer. La commission législative n'a pas agréé cette suggestion. Elle objecta qu'un tribunal compétent peut aussi abuser de son pouvoir²¹⁷.

L'argument est partiellement exact, l'incompétence n'implique pas toujours excès de pouvoir. Mais, en réalité, ces deux notions sont indépendantes, en dépit de la difficulté qu'il y a à les distinguer.

L'incompétence frappe le jugement, l'excès de pouvoir vicie l'acte, dit-on²¹⁸. L'observation est juste. Elle souligne la différence de valeur de notions qui ne se situent pas sur le même plan.

Le tribunal de district qui tranche, sans droit, une contestation de valeur litigieuse supérieure à 2000 fr., est incompétent. Le juge qui se saisit d'office d'une contestation ou prononce *ultra petita*, en violation des adages *nemo iudex sine actori, ne procedat ex officio*, excède son pouvoir²¹⁹.

Dans le premier cas, c'est bien le jugement qui est frappé d'incompétence. Rendu par le Tribunal cantonal, il ne serait pas affecté de ce vice. Dans le second cas, c'est effectivement l'acte qui est touché, et non seulement le jugement particulier. Accompli par n'importe quel autre tribunal, l'acte conserve son vice.

La différence apparaît alors. Si tel tribunal est incompétent, tel autre sera compétent à sa place. Si, en revanche, tel tribunal commet un excès de pouvoir, aucun autre tribunal ne pourra, à sa place, accomplir le même acte sans abuser, à son tour, de son pouvoir. La compétence varie pour chaque tribunal. Le pouvoir est le même pour tous^{220, 221}. Le pouvoir

²¹⁵ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1400; CCC VI 19.

²¹⁶ BGC LXX 60.

²¹⁷ BGC LXX 257.

²¹⁸ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1414.

²¹⁹ CCC VI 264. Ne commet pas en revanche un excès de pouvoir le juge qui se saisit d'office parce que la loi le lui ordonne (en matière de frais de procédure et d'amendes pour procédé téméraire, par exemple).

²²⁰ Chenon, 149 : « Il y a incompétence, lorsqu'un tribunal connaît d'une affaire que la loi réserve à un autre tribunal. Il y a excès de pouvoir, lorsqu'il s'arroge des droits qui n'appartiennent à aucune autre juridiction, par exemple s'il prononce par voie de disposition générale et réglementaire. » Fabreguettes, 301.

²²¹ Nous raisonnons dans l'hypothèse d'un pouvoir judiciaire composé de juridictions de droit commun seulement. L'acte constitutif d'excès de pouvoir accompli par une juridiction d'exception peut parfaitement être régulier lorsqu'il émane d'une juridiction de droit commun.

relève de la division des activités étatiques, législative, exécutive et juridictionnelle; la compétence, de l'organisation interne de chacune d'elles. En franchissant les limites externes du pouvoir judiciaire, le juge commet un excès de pouvoir; en franchissant ses limites internes, il devient incompétent. L'excès de pouvoir est toujours un moyen d'ordre public; ce qui touche à la séparation des pouvoirs est d'ordre public ²²².

Le juge excède son pouvoir lorsqu'il empiète sur les pouvoirs exécutif ou législatif ²²³ ou lorsque, sans empiéter sur un autre domaine, il sort du sien en s'arrogeant des droits refusés à l'autorité judiciaire ²²⁴. Il arrive, en effet, que le juge commette un abus de pouvoir sans empiéter sur les pouvoirs exécutif ou législatif, en statuant *ultra petita*, par exemple ²²⁵. Un juge peut même excéder son pouvoir dans le domaine de sa compétence. Il en est ainsi lorsqu'il statue sur une question qui relève de sa compétence, mais dont il n'a pas été saisi.

Cette conception de l'excès de pouvoir n'a pas emporté tous les suffrages. Japiot trouve la formule trop large ²²⁶. En définissant l'excès de pouvoir comme l'acte interdit à toute autorité judiciaire, on le rapprocherait excessivement de la violation de la loi. S'il est un acte interdit au juge, c'est bien l'erreur *in judicando*; d'autant plus qu'en vertu du principe de l'indépendance des magistrats, la loi constitue leur seule « bride » ²²⁷. Japiot propose la définition suivante : « ... il y a excès de pouvoir, soit lorsque le juge fait un acte permis ou réservé aux organes d'un autre pouvoir, soit lorsqu'il refuse de faire un acte que la loi lui prescrit, soit lorsqu'il fait un acte qui n'est pas juridictionnel par sa nature et que la loi n'a pas attribué pouvoir de faire, par exception, ni à lui ni à aucune autre juridiction. » La tentative est intéressante. Elle souligne la nécessité de ne pas qualifier d'excès de pouvoir tout acte simplement interdit aux tribunaux. L'excès de pouvoir s'entend d'une illégalité qualifiée, de la violation d'un principe fondamental. Mais la définition de Japiot est trop large dans la mesure où elle englobe le déni de justice. L'excès de pouvoir consiste en un acte positif. Il suppose une transgression.

M. Bonnecase n'est pas de cet avis. « L'excès de pouvoir peut d'ailleurs consister dans un acte négatif de la part du tribunal : tel un tribunal refusant de recevoir le serment d'un fonctionnaire, sous le prétexte que ce fonctionnaire ne réunissait pas les conditions de moralité suffisantes pour occuper ses nouvelles fonctions alors que l'autorité administrative seule était juge de ses qualités » ²²⁸. L'exemple est pourtant révélateur. L'excès de pouvoir ne consiste pas dans le refus de recevoir le serment, mais dans la motivation de ce refus : le juge s'est occupé (acte positif) d'une question dont il ne devait

²²² Fabreguettes, 297.

²²³ Cuhe et Vincent, N° 472.

²²⁴ Garsonnet et Gèzar-Bru, VI, N° 386.

²²⁵ CCC VI 17.

²²⁶ Japiot, N° 1125, p. 723.

²²⁷ Guldener, Zpr., 2.

²²⁸ Bonnecase, 91.

pas se saisir. L'excès de pouvoir est bel et bien constitué par un acte positif qui, en l'espèce, engendre accidentellement un résultat négatif.

L'excès de pouvoir n'a pas besoin d'être causal pour entraîner cassation. Commet un excès de pouvoir, le juge qui se permet certaines critiques à l'encontre de la loi, même s'il l'applique ensuite scrupuleusement. La Cour suprême pourra casser son jugement pour ce motif ²²⁹.

La compétence est la vocation à connaître d'une affaire qui ressortit au pouvoir judiciaire. L'incompétence est le fait de statuer au mépris des limites apportées à cette vocation ²³⁰.

Les règles de compétence d'attribution répartissent les litiges suivant leur nature et leur valeur. La terminologie du GPCN sur la question n'est pas irréprochable ²³¹. Il considère que les tribunaux de compétence d'attribution différente sont des tribunaux d'un autre ordre, que le Tribunal cantonal et les tribunaux de district sont des tribunaux d'un autre ordre. Ne devrait-il pas plutôt les considérer comme de même ordre mais de degré différent ? La juridiction civile forme un ordre de tribunaux ; les juridictions répressive et administrative, deux autres ordres de tribunaux. L'ensemble des tribunaux civils se répartit en tribunaux de degré différent et en juridictions de droit commun et d'exception. Les règles de compétence d'attribution assurent une triple fonction ; elles répartissent les affaires parmi les tribunaux d'ordre, de degré et de caractère (de droit commun ou d'exception) différents. Ce tableau suffit à montrer que les règles de compétence d'attribution n'ont pas toutes la même importance.

Les règles de compétence territoriale partagent les affaires qui ressortissent à l'ensemble des tribunaux de mêmes ordre, degré et caractère, selon leurs attaches géographiques (situation de la chose, lieu où se produit un fait, domicile, résidence ou nationalité d'une des parties ...). Elles ne tiennent pas compte de la nature mais de la localisation du litige.

Le tribunal a une organisation interne complexe lorsque le volume des affaires à juger est d'une certaine ampleur. Il se divise alors en chambres ou en sections. Les règles de compétence dite « fonctionnelle » en droit suisse et en droit français divisent le travail au sein du tribunal. La terminologie n'est pas heureuse ; la fonction des sections ne détermine pas en effet le partage. Les droits italien et allemand ²³² emploient les mêmes termes dans un autre

²²⁹ Toute critique d'un acte législatif ne saurait constituer un motif de cassation. Il y a même des critiques que les tribunaux se doivent de faire. La limite entre la critique permise et celle qui constitue un excès de pouvoir est difficile à situer. Comme le dit M. Mimmi (*Le style des jugements*, N° 106) « ... tout ici se résout en nuances ». La critique est inadmissible si elle méconnaît la dignité, la pondération, l'objectivité et les règles de discipline et de courtoisie dont le magistrat ne saurait se départir.

²³⁰ Morel, N° 194 ; Cuche et Vincent, N° 197 ; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1401.

²³¹ RJN I 217.

²³² Rosenberg, § 30 : « *Es handelt sich um die Verteilung verschiedener Rechtspflegefunktionen unter verschiedene Rechtspflegeorgane in derselben Sache.* » De Maio, 25.

sens. Les règles de compétence fonctionnelle n'y relèvent pas de l'organisation intérieure du tribunal. Elles répartissent les matières en raison de la fonction du juge véritablement. Toute clarté n'a d'ailleurs pas été faite sur ces règles de compétence fonctionnelle authentiques. Par opposition, il serait préférable de parler de règles de compétence intérieure pour désigner la division du travail au sein d'un tribunal²³³.

Les règles de compétence d'attribution et de compétence territoriale se distinguent avant tout par leur technique, par l'élément du litige qu'elles prennent en considération : valeur litigieuse, nature juridique, situation géographique. Il n'est évidemment pas possible, dans ces conditions, de reconnaître l'importance procédurale de la règle de compétence à sa nature territoriale ou d'attribution. Il est inexact de dire que la violation de la compétence d'attribution est sanctionnée par une incompétence absolue, relevable d'office, en tout état de cause, pour la première fois en cassation, et qu'inversement la violation de la règle de compétence territoriale n'entraîne qu'une incompétence relative, à invoquer *in limine litis* sous peine de déchéance. Il est tout aussi inexact de prétendre que l'incompétence qui ouvre le pourvoi est exclusivement la violation de la règle de compétence d'attribution. On ne peut assimiler la compétence absolue à la compétence d'attribution, la compétence relative à la compétence territoriale. Il apparaît de plus en plus nécessaire de diversifier les sanctions de l'incompétence de manière à obtenir un meilleur équilibre entre la possibilité d'invoquer l'irrégularité et l'inconvénient de recommencer entièrement le procès à cause de l'incompétence. Le cercle des incompétences donnant ouverture à cassation se rétrécit à l'inobservation des règles de compétence d'attribution les plus importantes²³⁴, celles qui relèvent de l'ordre public. Mais il comprend aussi la violation des règles de compétence territoriale qui, par la qualité de l'intérêt individuel qu'elles protègent, sont aussi importantes que les règles de compétence d'attribution les plus importantes (règles de compétence territoriale en matière d'état des personnes par exemple).

Les règles de compétence touchant à l'ordre public sont seules absolues²³⁵. Elles donnent seules ouverture à cassation. Ce critère permet de dire quelles règles de compétence d'attribution et de compétence territoriale doivent être sanctionnées par l'incompétence absolue, lorsqu'elles ne

²³³ Morel parle à ce propos d'attribution exclusive de juridiction à un tribunal, N° 271.

²³⁴ A l'article 170 CPCFr. qui dispose que la violation des règles de compétence matérielle peut être invoquée en tout état de cause et doit être retenue d'office par le juge, le décret-loi du 30 octobre 1935 a ajouté un article 170 bis qui restreint la possibilité de se prévaloir pour la première fois en cassation de la violation des règles de compétence matérielle : « L'incompétence à raison de la matière ne pourra être invoquée pour la première fois en cassation que dans les cas suivants : 1° lorsque la loi attribue compétence à une juridiction répressive ou administrative; 2° dans les causes de séparation de corps ou de biens, de divorces, questions d'état, et plus généralement dans les instances où l'ordre public est intéressé. » S 1948 I 118 note 1. Nous avons déjà relevé une tendance semblable en droit italien, *supra*, p. 41.

²³⁵ CCC V 135.

sont pas observées. Pour les premières, l'intérêt général pris en considération sera déterminant; pour les secondes, la haute valeur de l'intérêt individuel juridiquement protégé. L'inobservation des règles de compétence *ad valorem* ne devrait pas être sanctionnée par une incompétence absolue, dans cette perspective, bien que les règles de compétence *ad valorem* fassent partie des règles de compétence d'attribution. Inversement, la méconnaissance des règles de compétence territoriale, en matière d'action en recherche de paternité, de divorce, et, d'une façon générale, en matière d'état des personnes, doit être recevable pour la première fois devant la Cour de cassation ²³⁶.

Les règles de compétence absolue doivent être observées d'office par le juge ²³⁷. Les parties ne peuvent y déroger ²³⁸. La loi va jusqu'à protéger les justiciables contre eux-mêmes; ils peuvent se prévaloir en tout état de cause et pour la première fois devant la Cour de cassation ²³⁹, sans commettre un abus de droit ²⁴⁰, de la méconnaissance des règles de compétence absolue auxquelles ils auraient expressément renoncé. La compétence relative jouit d'un statut procédural exactement opposé. Elle ne touche jamais à l'ordre public, par définition. Elle doit être invoquée d'entrée de cause, sous peine de déchéance ²⁴¹. Elle est irrecevable, pour la première fois, en cassation ²⁴². La Cour de cassation connaît aussi de questions de compétence relative. Mais elle est alors saisie par un recours qui invoque l'erreur *in iudicando* et non l'incompétence. Pour que la question de compétence relative vienne devant la Cour de cassation, il faut qu'elle ait été soulevée *in limine litis* devant le juge du fond. Si celui-ci reconnaît l'incompétence relative, la partie déclarée irrecevable pourra recourir pour « erreur *in iudicando* » affectant le jugement préjudiciel. Elle prétendra que le tribunal s'est, à tort, jugé relativement incompétent. Si l'exception d'incompétence relative est rejetée, l'excipant pourra se pourvoir. Dans les deux cas, le moyen de cassation qui doit être invoqué n'est pas l'incompétence mais l'erreur de droit ²⁴³. Tout tribunal est, en effet, compétent pour statuer sur sa compétence ²⁴⁴.

²³⁶ Commentaire zurichois, Egger, sous art. 312, 1 b 4, pp. 203, 204. *Ibid.*, sous art. 144, 4, 8, p. 147.

²³⁷ RJN I 274.

²³⁸ CCC V 158, 159; VI 221.

²³⁹ CCC V 467.

²⁴⁰ RJN I 215.

²⁴¹ CCC V 155; CPCN art. 15; Morel, N° 296; Fabreguettes, 305.

²⁴² L'incompétence donnant accès à la Cour de cassation est plus largement entendue dans certaines législations cantonales, notamment en droit zurichois (Guldenner, th., 94), et en droit bernois (CPCBe. art. 310).

²⁴³ On constate que la Cour de cassation neuchâteloise ne se montre pas rigoureuse dans la distinction des moyens fondant le pourvoi. Elle qualifie d'erreur de droit un excès de pouvoir manifeste, une incompétence absolue (RJN I 17, 219; CCC VI 281).

En un sens cette pratique se légitime. Il serait anormal de tenir rigueur au recourant, parce qu'il a invoqué *expressis verbis* l'erreur de droit alors que l'ensemble du recours démontre qu'il se plaint d'une incompétence. La Cour de cassation est liée au moyen invoqué, sans doute, mais la règle ne doit pas s'entendre de façon absolument formelle. Le sens prime la lettre de l'acte de recours.

L'inobservation des règles de compétence intérieure n'est jamais sanctionnée par l'incompétence absolue²⁴⁵.

Certains cas sont difficiles à qualifier :

Un tribunal siège en une composition irrégulière. Est-il incompétent ou excède-t-il son pouvoir ? Il y a excès de pouvoir, selon le critère que nous avons admis. Aucun tribunal irrégulièrement composé ne peut juger valablement.

Dans deux cas, apparemment de ce type, la Cour neuchâteloise a cassé pour incompétence. Elle a déclaré que le président du tribunal de district était incompétent pour interpréter seul le jugement de divorce rendu avec l'assistance de ses deux assesseurs²⁴⁶, ou pour juger sans eux un moyen préjudiciel²⁴⁷. Cette jurisprudence est bonne. Il faut distinguer l'irrégularité de constitution d'un tribunal qui lui enlève sa qualité de juridiction et la formation irrégulière qui le transforme simplement en un autre tribunal sans pour autant lui faire perdre son caractère de juridiction. La première irrégularité engendre l'excès de pouvoir, la seconde l'incompétence. Ces deux cas concernent la compétence fonctionnelle au sens allemand et italien des termes. L'expression est adéquate. C'est bien en sa qualité, en sa fonction de juge du divorce que le tribunal matrimonial est seul compétent pour juger les moyens préjudiciels et interpréter les actes dont il est l'auteur²⁴⁸.

Un juge rend une décision après l'expiration de ses fonctions. Commet-il un excès de pouvoir ou est-il incompétent ? La Cour de cassation neuchâteloise a annulé un cas de ce genre pour erreur de droit. De toute évidence, ce moyen n'est pas réalisé. On ne saurait prétendre que l'erreur a été causale. Le juge ne s'est pas vu privé de sa science à l'expiration de ses fonctions ! Il s'agit d'un excès de pouvoir. Aucun juge ne peut, sans cette qualité, rendre une décision. La sentence est peut-être même entachée d'inexistence²⁴⁹.

En un autre sens, cette pratique est reprochable. La Cour n'a pas la liberté d'accueillir un pourvoi lorsqu'un des motifs prévus à l'article 393 CPCN n'est pas réalisé. Elle devrait donc qualifier avec précision le fait du juge qui entraîne la cassation.

²⁴⁴ Morel, N° 293.

²⁴⁵ CCC VI 137; V 470.

²⁴⁶ CCC VI 218.

²⁴⁷ CCC VI 190.

²⁴⁸ Le cas publié CCC VI 33 est aussi un exemple d'incompétence fonctionnelle.

²⁴⁹ La Cour de cassation neuchâteloise n'a pas soulevé la question. A juste titre, puisqu'il n'était pas nécessaire de résoudre le problème pour juger le pourvoi.

Juridiquement, son mandat expiré, le juge n'est plus qu'un simple particulier. La décision rendue alors équivaut à celle que rendrait un particulier dépourvu de toute fonction juridictionnelle. Mais nous avons vu que la détermination des causes d'inexistence ne peut se faire d'un point de vue exclusivement juridique et logique. En fait, le juge dont la fonction vient d'expirer n'est pas assimilable à un simple particulier.

Cette hypothèse ne peut être considérée comme une cause certaine d'inexistence. L'irrégularité s'apprécie différemment selon l'objet du jugement.

Contrariété de jugements rendus entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens (art. 393 lit. c CPCN).

Malgré la rareté des cas, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser les conditions strictes de ce moyen.

Il faut que la contrariété résulte de deux ou plusieurs jugements. Cette ouverture ne concerne pas les contradictions au sein d'un même jugement.

La contrariété doit être qualifiée, en droit français comme en droit neuchâtelois. Il faut que les jugements soient inconciliables, c'est-à-dire inexécutablement simultanément ²⁵⁰.

Les décisions qui se contredisent ne peuvent être n'importe quels actes judiciaires. Cela ressort du texte du code de procédure. La lettre *c* de l'article 393 CPCN parle de jugements, la lettre *d*, de jugements et de décisions. Cette différence n'est pas imputable à une omission du législateur. Le CPCN de 1878, sous l'empire duquel le pourvoi était recevable contre les jugements finaux seulement, ne parlait que de jugements à la lettre *d* de l'article correspondant. Lorsque le pourvoi fut déclaré recevable contre tous jugements et décisions, en 1906, le mot « décision » fut ajouté à la lettre *d*. C'est intentionnellement que le législateur n'a pas fait la même adjonction à la lettre *c*. Selon les jurisprudences neuchâteloise et française ²⁵¹, les jugements qui se contredisent doivent jouir de l'autorité de la chose jugée. L'opinion traditionnelle attache cette qualité aux décisions judiciaires définitives rendues en matière contentieuse, aux décisions qui statuent sur une question de manière que le juge s'en trouve dessaisi ²⁵². Jugement définitif n'est pas synonyme de jugement au fond; un jugement incident peut être définitif, s'il cause le dessaisissement du juge relativement à la question qu'il tranche ²⁵³. « Il est reconnu que l'autorité de la chose jugée... concerne non seulement les jugements au fond mais aussi toute décision judiciaire qui tranche définitivement une question » ²⁵⁴.

Les jugements doivent, relativement au chef du dispositif sur lequel ils se contredisent, avoir été rendus entre les mêmes parties (ce n'est pas l'identité biologique, mais l'identité de qualité juridique qui est déterminante) ²⁵⁵, pour la même cause, c'est-à-dire pour le même fait juridique,

Il faut enfin connaître les circonstances dans lesquelles l'inexistence est alléguée pour savoir si un tel jugement existe juridiquement.

En un mot, le jugement d'un magistrat dont les fonctions viennent d'expirer n'est pas inexistant d'une façon générale et par principe. Il peut l'être selon les circonstances de l'espèce.

²⁵⁰ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1434; CCG VI 257; RJN I 57 et la doctrine qui y est citée.

²⁵¹ Morel, N° 664; Garsonnet et Cézard-Bru, V, 602; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1438.

²⁵² Encyclopédie Dalloz, *Chose jugée*, N° 20.

²⁵³ *Ibid.*, N° 43.

²⁵⁴ CCC VI 184.

²⁵⁵ Du Pasquier, 17; Glasson, Tissier et Morel, III, N° 775, p. 106; Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1442; *Chose jugée*, N° 94.

sur les mêmes moyens. En l'absence de prétentions identiques, la contrariété, au sens de l'article 393 lit. c, n'est pas concevable²⁶⁶.

Il faut que les deux jugements aient été rendus sur les mêmes moyens. Pourquoi cette condition, alors que la nouveauté du moyen ne permet pas d'éviter l'exception de la chose jugée ? L'article 211 CPCN exige, en effet, l'identité de causes mais non l'identité de moyens. L'explication est facile. La même prétention, fondée sur une cause déjà invoquée antérieurement, entre les mêmes parties, mais appuyée sur un moyen nouveau, se heurte sans doute à l'exception de la chose jugée. Elle ne heurte pas pour autant, à supposer qu'elle soit judiciairement reconnue, le jugement antérieur qui l'avait déclarée mal fondée. La prétention en dommages-intérêts déniée sur le fondement de la responsabilité contractuelle ne contredit pas le jugement qui reconnaît un droit à une indemnité sur le fondement des articles 41 ss CO. Le gagnant au premier procès avait la faculté, en soulevant l'exception de la chose jugée, d'empêcher le juge de connaître de la prétention renouvelée. Il ne pourra en revanche s'opposer à l'exécution forcée du second jugement en invoquant le premier; l'autorité de la chose jugée du premier jugement s'est rétrécie par son attitude durant le second procès. Ces deux décisions sont parfaitement conciliables. Leur contenu aurait pu faire l'objet d'un seul jugement qui aurait retenu le second mais non le premier moyen.

La jurisprudence neuchâteloise ajoute une nouvelle condition aux exigences légales. Les jugements qui se contredisent doivent émaner du même juge. « ... la contrariété de jugements ne constitue un motif de cassation que lorsque les jugements contraires émanent du même juge, c'est-à-dire lorsqu'il s'est mis en contradiction avec lui-même. S'il en était autrement, un juge devrait toujours adapter son jugement à un jugement antérieur, même si ce jugement antérieur a été rendu par un tribunal d'un autre ordre ou d'un autre canton. Ce serait limiter dans une mesure inadmissible le pouvoir de décision des juges en les subordonnant à d'autres juges dont ils ne dépendent ni judiciairement ni organiquement. Cette opinion est du reste celle du droit français qui a inspiré la disposition de l'article 393 lit. c GPCN »²⁶⁷.

L'argumentation est mauvaise.

La prétendue limitation du pouvoir des juges n'existe pas, en raison des conditions légales strictes que doit réaliser la contrariété pour fonder la cassation. Cette limitation du pouvoir du juge fait partie du respect que chaque tribunal doit avoir à l'égard des décisions douées de l'autorité de la chose jugée.

Le droit français ne comporte pas la solution que l'arrêt neuchâtelois laisse entendre. La Cour de cassation française connaît de la contrariété

²⁶⁶ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1445; *Chose jugée*, N° 140; Guldener, *Zpr.*, 316; CCC IV 15.

²⁶⁷ CCC VI 154.

des jugements qui émanent d'un même tribunal si celui-ci a agi consciemment, et de la contrariété des jugements de tribunaux différents mais de même nature. Les jugements inconciliables d'un même auteur qui a agi par inadvertance sont susceptibles de requête civile et non de pourvoi en cassation ²⁵⁸.

Cette condition jurisprudentielle n'est pas en harmonie avec la fonction essentielle du pourvoi. La Cour de cassation doit précisément intervenir lorsque les tribunaux donnent des solutions différentes à une même question. Que celle-ci se rapporte dans les deux jugements à la même cause ou à des causes distinctes est absolument indifférent.

La condition jurisprudentielle est-elle satisfaite par l'identité de personne ou déjà par l'identité du tribunal ? La lettre de l'arrêt penche vers la première solution. La logique ne peut retenir que la seconde.

Le fondement de cette ouverture à cassation n'est pas le respect, la défense de l'autorité de la chose jugée. Dans ce cas, elle devrait sanctionner toutes les violations de l'autorité de la chose jugée et elles seules. Or, il n'en est rien. Des jugements qui ne violent en rien l'autorité de la chose jugée peuvent être cassés pour le motif de contrariété. En droit français comme en droit neuchâtelois, le moyen tiré de la chose jugée n'est pas d'ordre public; il n'est pas retenu d'office par le juge. En rendant un second jugement sur la même question, dans la même cause, le juge ne viole pas l'autorité de la chose jugée du premier jugement, qui n'a pas été invoquée par les parties; il est même dans l'obligation de rendre ce second jugement. Il peut être contraint de trancher dans un sens différent, en sachant parfaitement que son jugement encourra cassation. M. Loisel écrit, à juste titre, : « Si en effet, cette voie de recours supposait obligatoirement que l'exception *rei judicatae* ait été soulevée au cours du second procès, elle perdrait toute utilité pratique et se confondrait avec le pourvoi en violation de la loi. » Inversement, le cas véritable de violation de l'autorité de la chose jugée ne fait pas l'objet d'un pourvoi fondé sur ce moyen. Il n'y a violation de l'autorité de la chose jugée que si le juge a statué à tort sur l'exception *rei judicatae* soulevée devant lui. Mais dans cette hypothèse, le jugement incidentel est attaquant pour erreur *in judicando* et non pour contrariété.

Ce moyen est fondé sur le désir d'éviter les décisions inconciliables. Il permet de sortir d'une impasse. Il arrive que deux jugements, absolument valables et exécutoires l'un et l'autre, se tournent le dos catégoriquement. « Le véritable domaine de la contrariété », écrit M. Loisel, « est celui de l'exécution ». Cette ouverture suppose, entre autres, la réalisation des conditions de l'autorité de la chose jugée, non point parce qu'elle sanctionnerait la violation de la chose jugée, mais parce que le pourvoi est subsidiaire.

²⁵⁸ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 1431; Garsonnet et Cézard-Bru, V, 601; Plassard, th.

Lorsque deux décisions contradictoires, ou l'une d'elles, ne jouissent pas de l'autorité de la chose jugée, d'autres moyens que le pourvoi permettent de sortir de l'impasse. La contrariété doit se trouver dans le dispositif non point parce que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à lui, mais parce que le dispositif seul conduit à une exécution.

La maladresse du législateur apparaît alors. Comment la simple expiration du délai pour se pourvoir peut-elle concilier deux jugements inexécutables simultanément en dépit de leur force exécutoire ? Par définition, l'expiration du délai ne peut effacer l'inconciliabilité ! Le droit neuchâtelois souffre d'une lacune. La finesse n'avait pas échappé au chancelier d'Aguesseau. Le règlement français de 1738 sur la procédure devant le Conseil des parties prévoyait, en son article 2 aujourd'hui abrogé, que les demandeurs en contrariété d'arrêts n'étaient pas assujettis aux délais. Malgré l'abrogation de cette disposition, la Cour de cassation française a admis la recevabilité du pourvoi tardif, fondé sur ce moyen. Le législateur neuchâtelois s'est inspiré du droit français pour le bon et pour le pire ! La Cour de cassation neuchâteloise fera bien d'imiter la jurisprudence française !

Tel qu'il est compris en droit neuchâtelois, ce moyen est sans utilité. Les quelques pourvois qui l'ont invoqué ont tous été rejetés²⁵⁹. Il faut le supprimer ou l'élargir. La première solution serait préférable si la contrariété de jugements constituait un excès de pouvoir. Mais cela suppose l'obligation du juge de retenir d'office le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée²⁶⁰, obligation inconnue en droit neuchâtelois comme en droit français²⁶¹. Un assouplissement s'avère donc souhaitable. Il faut que la condition jurisprudentielle de l'identité du tribunal soit supprimée, que toute inconciliabilité de jugements ouvre le pourvoi, si la seconde décision chronologiquement émane d'une autorité soumise à la Cour de cassation neuchâteloise. Le pourvoi pour contrariété de jugements doit être recevable en tout temps.

Vice de forme dans le jugement ou la décision (art. 393 lit. d GPCN).

Le moyen se rapporte au vice de forme dans le texte, dans la matérialité du jugement, exclusivement. Il ne sanctionne pas l'erreur *in procedendo* antérieure qui ne constitue pas en même temps un vice de forme du jugement. Cela est dans la logique du système neuchâtelois des nullités (article 76

²⁵⁹ CCC IV 15; VI 154, 257; RJN I 57.

²⁶⁰ Chiovenda, 881 : « Il giudice che pronuncia contro un precedente giudicato commette un errore d'attività più grave dell'incompetenza, e precisamente un eccesso di potere, perché il giudicato ha appunto questa virtù, d'imporre a tutti i giudici e negar loro la potestà di riesaminare la causa decisa tranne che per riconoscere che fu decisa. »

²⁶¹ Guldener, Zpr., 322; Kummer, 64, note 4; Cornu et Foyer, 460; BAGCC 1949, p. 747, N° 266.

CPCN). La violation d'une formalité essentielle est couverte si elle n'est pas invoquée « avant de suivre » au procès, c'est-à-dire tout de suite.

Les textes français paraissent consacrer la solution identique. « La justice est rendue souverainement par les cours impériales; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour... ». « Toute nullité d'exploit introductif d'instance est couverte... toute nullité des autres actes de procédure est couverte, si elle n'est pas proposée avant toute discussion au fond »²⁶². Pourtant la jurisprudence a radicalement transformé ce dernier article. Il ne régit plus que les informalités non essentielles²⁶³. D'autre part des erreurs *in procedendo* antérieures à la rédaction du jugement, constituant un vice de forme au sens large, ouvrent le pourvoi dans les droits français, italien et allemand²⁶⁴. Ces erreurs *in procedendo* constituent des moyens de cassation en droit neuchâtelois, si elles satisfont aux éléments constitutifs des ouvertures à cassation autres que le vice de forme.

Une question surgit de la comparaison des systèmes : l'article 76 CPCN peut-il véritablement, comme il en a la prétention, s'appliquer à toutes violations des formalités essentielles ? Le plaideur est-il toujours déchu du droit d'invoquer une grave informalité, s'il ne s'en prévaut immédiatement ? Il semble qu'en matière de nullité, une réglementation extrémiste soit toujours inadéquate²⁶⁵.

²⁶² Loi du 20 avril 1810, art. 7; CPGFr. art. 173 al. 2.

²⁶³ Cornu et Foyer, 430.

²⁶⁴ Morel, N° 661; De Maio, N° 206; Redenti, II, 441, 442.

²⁶⁵ Le système actuel des nullités d'actes de procédure, exposé à l'article 76 CPCN, provient du CPCN de 1878 dont l'article 91 déclare : « Sont nuls tous actes de procédure qui manquent des formalités essentielles. — La nullité est couverte à l'égard de la partie qui a suivi au procès avant de l'invoquer. » Le Conseil d'Etat proposa en 1906 l'adoption, au lieu de ce système, de la théorie des nullités textuelles. La commission législative préféra le *status quo*. Elle le compléta par la définition de la formalité essentielle qui forme aujourd'hui l'alinéa 2 de l'article 76 CPCN.

Dans l'intention du législateur, l'article 76 CPCN est exhaustif et d'une portée tout à fait générale. Il régit tous actes de procédure, y compris les actes des procédures de recours (BGC LXX 18, 216). La règle de forme est une notion large; elle concerne non seulement les règles relatives à la rédaction des actes, mais aussi les principes de procédure (BGC LXX 18, 216).

Or, il est facile de constater qu'en pratique, l'article 76 n'est ni exhaustif ni d'une portée générale. Il y a des règles de forme que le juge sanctionne d'office, que l'intéressé peut donc invoquer durant toute la procédure, si elles sont méconnues. La plupart des règles de forme au sens large et au sens étroit des termes (tardivité, omission de motivation) sont, en matière de recours, sanctionnées *ex officio*. Il conviendrait donc de préciser la notion d'acte de procédure de l'article 76 CPCN. Contrairement à cet article, ensuite, certaines informalités ne peuvent être couvertes par le fait que l'intéressé ne les a pas invoquées « avant de suivre au procès ». Même sur le plan du formalisme au sens étroit (ensemble des règles de rédaction des actes), l'article 76 ne peut avoir la portée qu'il prétend. Une demande qui serait soulevée oralement devant le Tribunal cantonal, pour prendre un exemple de M. Guldener (Zpr., 227, note 1), serait-elle vraiment régularisée par le fait que le défendeur a suivi sans autre à l'instance ?

Il ne serait donc pas opportun de résoudre la question en restreignant la portée de l'article 76 au formalisme au sens étroit, aux règles relatives à la rédaction des

Le jugement résulte de multiples raisonnements, discussions et appréciations. Il se moule finalement dans un document rédigé selon certaines règles. Ce document constitue une entité propre qui jouit désormais seule de validité juridique. Il atteint seul de toute la procédure dont il constitue la substance efficace. Nous opposons donc le jugement-action de juger (cérémonie du jugement, délibération et activité psychologique du juge) au jugement-document. Celui-ci devrait être le film exact, mais décomposé et regroupé en un ordre meilleur, de celui-là.

L'acte juridictionnel est parfait lorsque les principes de procédure ont été respectés dans le jugement-action de juger et qu'il est fait mention de ce respect dans le document juridictionnel. Depuis 1944, en droit français, la cause n'est en état définitif qu'après la lecture du rapport écrit du juge chargé de suivre la procédure. La formalité est substantielle²⁸⁶. Elle est parfaitement respectée si, en fait, le juge chargé de suivre la procédure a lu

actes de procédure, solution qui eût été concevable en droit français (Cornu et Foyer, 429).

Le droit français a préféré réduire la portée de la règle de l'article 173 CPC aux nullités textuelles exclusivement. Mais cette solution n'est pas praticable en droit neuchâtelois : en adoptant la théorie des formalités essentielles ou substantielles, le législateur a cru bon de biffer les textes du CPCN qui sanctionnaient expressément de nullité certaines informalités ! (BGC LXX 217).

Les travaux préparatoires du CPCN de 1906 révèlent clairement (BGC LXX 18, 215) que le législateur entendait éviter les excès de formalisme. Ne s'est-il pas montré débonnaire ?

Il n'est pas opportun de supprimer catégoriquement une modalité de sanction des informalités : la nullité invoquable jusqu'en fin de cause.

A nos yeux, il faut admettre qu'une informalité peut avoir, en droit neuchâtelois, au moins trois sanctions, selon sa gravité : a) Ne pas entamer la validité de l'acte. L'article 76 al. 3 vise cette hypothèse. b) Entamer la validité de l'acte tout à fait temporairement. C'est la sanction prévue à l'article 76 al. 1 qui devrait être attachée aux informalités relativement essentielles qui paraissent ne pas mériter une sanction plus rigoureuse. c) Entamer la validité de l'acte jusqu'à fin de cause. Il doit en être ainsi de toutes les formalités que le juge observe d'office. On ne conçoit pas en effet que le juge soit tenu d'observer d'office des formalités qui seraient sanctionnées selon le système b seulement. Dans ce cas le juge pourrait toujours éluder son obligation en laissant passer le temps. Toutes les informalités absolument essentielles appellent cette sanction grave.

Cette diversification des nullités serait utile.

A l'objection que le texte de l'article 76 est catégorique, nous répondrons que l'état de la législation judiciaire autorise une telle interprétation constructive.

A l'objection que la définition des formalités essentielles forme une entité indivisible en formalités relativement essentielles et en formalités absolument essentielles, nous rétorquerons que la définition de l'article 76 CPCN repose sur une vue trop théorique de la fonction de l'acte de procédure, qu'on la prenne à la lettre ou dans son esprit. L'acte affecté d'un vice ainsi défini est inexistant et non seulement nul. Comment cet état de fait que constitue l'impuissance à remplir sa fonction peut-il être changé par l'écoulement du temps ? Il y a une contradiction manifeste entre la définition prise à la lettre et l'alinéa 1 de l'article 76 CPCN. Si on s'attache à l'esprit plus qu'à la lettre de cette définition, on constate qu'elle perd de vue la multiplicité des fonctions, de valeur inégale, de l'acte de procédure. Une informalité a des effets essentiellement variables sur les utilités que procure l'acte de procédure.

Dans la recherche de la sanction adéquate, la meilleure méthode consiste à considérer la formalité dans son importance pratique et théorique, concrète et générale.

²⁸⁶ Morel, N° 458, D 1958 J 206 et la note.

son rapport écrit et si le jugement-document relate cette opération. Des irrégularités diverses peuvent se produire. Violation de la règle de rédaction et du principe de procédure : le juge chargé de suivre la procédure n'a pas fait son rapport, contrairement à ce qu'indique le document juridictionnel. Violation de la règle de rédaction exclusivement : le juge a lu son rapport écrit mais le document juridictionnel omet de l'attester. Inobservation du principe de procédure exclusivement : le juge n'a pas fait son rapport, le document l'atteste. On se rend compte de la variété des informalités au sens large qui affectent le jugement.

La lettre *d* de l'article 393 CPCN sanctionne le vice de rédaction exclusivement. Il vise essentiellement un fait négatif, l'omission, dans la rédaction du jugement, d'une rubrique qui devait y figurer. Le jugement-document qui relate exactement la violation d'un principe de procédure dans le jugement-action de juger ne peut être cassé pour vice de forme. Si le jugement relate, à juste titre, que le tribunal a siégé dans une composition irrégulière, il n'y a pas vice de forme mais inobservation d'un principe de procédure, vice de fond pourrait-on dire. Le jugement sera attaquant pour déni de justice ou excès de pouvoir selon les circonstances.

L'étude positive de cette ouverture à cassation exige l'exposé des règles qui régissent le rapport du document juridictionnel et du jugement-action de juger, le rappel des systèmes de nullité qui président au choix des informalités à sanctionner et l'énumération des irrégularités elles-mêmes entraînant la cassation du jugement.

Les opérations dont l'accomplissement n'est pas certifié par le document juridictionnel sont irréfragablement présumées avoir été omises²⁶⁷. Inversement, ce qu'atteste le document est réputé *juris et de jure* conforme à la vérité. Le document juridictionnel qui relate une opération imaginaire n'est pas affecté d'un vice de forme au sens de la lettre *d* de l'article 393 CPCN. C'est un faux. L'intéressé s'en prévaudra par l'inscription en faux et la requête civile (réserve faite de la possibilité de demander éventuellement la correction de l'erreur de plume).

Le jugement doit prouver par lui-même sa régularité; c'est le corollaire des principes précédents²⁶⁸. Il doit se suffire à lui-même²⁶⁹. On ne peut prouver par témoins ou par des documents extrinsèques l'accomplissement d'une formalité que le jugement ne relate pas. La règle vaut-elle à l'égard du procès-verbal, acte authentique²⁷⁰ ? Il fait foi, en effet, de ce qu'il atteste. Or, il arrive que le procès-verbal atteste l'observation de formalités dont la mention a été omise au jugement. Il peut arriver aussi que le jugement et le procès-verbal se contredisent. Le fondement de ce moyen de

²⁶⁷ Morel, N° 405; Mimin, *Le style des jugements*, 328; Faye, 100.

²⁶⁸ Vizioz, N°s 267 et 268, p. 472.

²⁶⁹ CCC VI 169 : « Les motifs de fait et de droit d'un jugement doivent figurer dans le jugement lui-même et non pas dans d'autres pièces auxquelles il se réfère. »

²⁷⁰ Guldener, Zpr., 240 ss; CPPN art. 62 al. 3; Lent, § 78 IV; CPCAL art. 164; De Maio, N° 71.

cassation n'est pas tant le contrôle de l'activité juridictionnelle que de l'activité rédactionnelle. La perfection rédactionnelle du jugement est en effet nécessaire. Le document juridictionnel doit remplir sa mission de jugement sans l'aide du procès-verbal. Cette ouverture à cassation permet à la Cour suprême de s'assurer de cette aptitude. Il faut donc être strict et ne pas admettre la preuve de la régularité du jugement par des éléments extrinsèques. Un procès-verbal mentionne que le jugement a été rendu un jour ouvrable. Le jugement contient la date d'un jour férié. Il sera cassé, non pas parce qu'il consacrerait un excès de pouvoir, mais uniquement pour l'informalité en elle-même. Si le procès-verbal mentionne le jour férié, le jugement le jour ouvrable, celui-ci l'emportera jusqu'à inscription en faux déclarée fondée. La règle, de plus, s'avère pratiquement excellente : les parties vont se servir de ce jugement dont elles recevront une expédition ; les procès-verbaux restent au dossier.

La seule informalité dans une expédition délivrée aux parties ne suffit pas à entraîner la cassation du jugement lorsque l'original, la minute, est correctement rédigée. La règle est parfaitement normale. L'intéressé peut toujours demander la correction de l'expédition qui lui a été délivrée ²⁷¹.

Enfin, si le jugement doit se suffire à lui-même, afin de pouvoir remplir par lui-même sa fonction sociale, il n'est pas nécessaire que les rubriques indispensables figurent dans un ordre spécial. Certaines mentions peuvent être omises lorsqu'elles résultent d'autres parties du document juridictionnel. C'est le principe des équivalents ou des équipolents ²⁷².

Abstraction faite des détails de législations souvent incompréhensibles sans l'appui des contributions doctrinales et jurisprudentielles, quatre systèmes fondamentaux de nullité se sont succédé.

Le formalisme religieux, symbolique, du droit romain est résumé dans l'adage *qui cadit a syllaba cadit a toto* ²⁷³. Formalisme intégral, vivifiant. La forme emporte le fond car le fond naît de la forme, le droit, de l'action.

Le système des nullités comminatoires s'en remet à l'appréciation du juge. Les parlements français l'ont appliqué avant l'ordonnance de 1667 ²⁷⁴. Celle-ci limita la trop grande liberté du juge ²⁷⁵, en instituant le principe

²⁷¹ CCC du 11 mars 1912, N° 15, (Girard/Matthey) : « Ne constitue pas un vice de forme... le fait que la copie du jugement délivrée au recourant n'est pas signée, ni par le juge, ni par le greffier... que cette circonstance qui est la conséquence d'une erreur ou plutôt d'un oubli qu'il eût été très facile au recourant de faire corriger au moment même où cette copie lui a été délivrée n'est pas de nature à infirmer le dit jugement qui en lui-même est absolument correct dans sa forme et son dispositif. » Morel, p. 325, note 1.

²⁷² Sur quelques manières de rédiger le jugement, cf. Kuster, *Über den logischen Aufbau von Urteilsbegründungen*.

²⁷³ Bordeaux, 384 ; Morel, N° 406.

²⁷⁴ Guche et Vincent, N° 502 ; Encyclopédie Dalloz, *Nullité*, N° 5.

²⁷⁵ Bordeaux, 385.

« nullité sans grief n'opère point ». En vain. Les parlements restèrent fidèles à l'ancien système ²⁷⁶.

La Révolution française apporte le système des nullités textuelles, corollaire de la suprématie de la loi. Il s'avère trop rigide. La jurisprudence et des lois ultérieures le transforment. Elles instituent partiellement le système mieux équilibré des nullités virtuelles. Le juge jouit d'une liberté guidée d'appréciation. Il ne peut prononcer la nullité que si l'informalité viole une règle de forme essentielle, par opposition aux règles d'ordre, aux règles de forme secondaires, accessoires ²⁷⁷.

Ces divers systèmes peuvent se combiner. En droit français, par exemple, la violation des règles de forme secondaires est soumise au système des nullités textuelles, l'inobservation des règles essentielles, au système des nullités virtuelles. La combinaison est défectueuse. Le juge peut prononcer des nullités non prévues par la loi lorsque les formes essentielles sont méconnues, mais il a l'obligation de déclarer la nullité lorsqu'elle est textuelle. L'article 1030 CPCFr. régissait originairement tout le domaine de la forme. Il ne s'applique plus aujourd'hui qu'aux formalités accessoires ²⁷⁸. L'article 156 du CPCIt. régit entre autres la forme des jugements. Il est aussi une combinaison des systèmes textuel et virtuel ²⁷⁹.

Le législateur neuchâtelois a adopté le système des nullités virtuelles. A juste titre. Il l'a combiné avec le système allemand de la *Rügeflicht* ²⁸⁰. La solution serait excellente si le domaine des informalités soumises à la *Rügeflicht* était précisé. Dans l'état actuel en effet, l'intéressé doit invoquer toutes les informalités dont il entend se prévaloir, avant de suivre au procès sous peine de déchéance. Nous avons montré dans la note 265 de ce titre que la règle ne pouvait être généralisée à ce point.

Le système des nullités virtuelles est, de beaucoup, préférable aux autres. Il est conforme à la théorie moderne des nullités. Il réalise une solution de compromis, mais de compromis nécessaire et intelligent, car c'est bien entre les extrêmes que se place la juste sanction du formalisme, comme le fait déjà remarquer G. de Voisins dans son mémoire sur les cassations d'arrêts : « Il faut seulement prendre garde à ne la pas admettre trop aisément, ny avec trop de rigueur, et de ne pas toujours faire dépendre le sort d'un arrêt de la moindre irrégularité qui pourrait paroître si estre trouvée, surtout lorsque l'on n'y voit point d'intérêt sensible pour la justice » ²⁸¹. Le système

²⁷⁶ Glasson, Tissier et Morel, II, 340.

²⁷⁷ Morel, N° 408; Glasson, Tissier et Morel, II, 342; Encyclopédie Dalloz, *Nullité*, N°s 6, 9.

²⁷⁸ Glasson, Tissier et Morel, II, 349.

²⁷⁹ Redenti, I, N° 63; CPCIt. art. 156 : *Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcuno atto del processo se la nullità non è comminata dalla legge. Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.*

²⁸⁰ Lent, 120 : *Jede Partei verliert das Recht, Verfahrensmängel zu rügen, wenn sie rügelos verhandelt hat.* CCC VI 191, 192.

²⁸¹ *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, p. 22.

des nullités virtuelles a un fondement pratique. « ... au formalisme instinctif et symbolique du début se substitue, de plus en plus, un formalisme réfléchi et utilitaire. Ce dernier est le seul dont il puisse être question dans le droit moderne »²⁸². La forme répond en effet à une pure utilité.

C'est dans cet esprit qu'il faut rechercher les formalités essentielles du document juridictionnel. Le jugement sera cassé s'il n'observe pas une règle de forme essentielle ou édictée pour des raisons d'ordre public, c'est-à-dire lorsque la forme ne répond pas seulement à une commodité, mais à une utilité qualifiée. La formalité est d'ordre public lorsqu'elle assure la protection d'un intérêt général ou d'un intérêt individuel qualitativement important; elle est essentielle en raison de la fonction technique qu'elle assume. Les formes essentielles s'entendent de celles « qui donnent à l'acte son caractère spécifique et en l'absence desquelles ce caractère fait défaut », selon M. Morel²⁸³. La définition se rapporte plutôt aux conditions d'existence de l'acte, étroitement liées, il est vrai, à sa perfection formelle. La Cour de cassation française l'a légèrement modifiée, dans un sens plus pratique : « Le caractère substantiel est attaché, dans un acte de procédure, à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet »²⁸⁴. Les définitions neuchâteloise et italienne sont très proches de celle-ci. La formalité essentielle s'entend de celle qui est indispensable pour que l'acte remplisse sa mission, procure l'utilité juridique qu'on attend de lui.

La désignation du tribunal est une formalité substantielle. Sans elle, le jugement ne pourra pas toujours remplir sa mission. Il doit justifier par lui-même qu'il émane d'un tribunal compétent afin que les incompétences puissent être sanctionnées par l'usage des voies de recours et que l'exécution forcée, le cas échéant l'exequatur, puissent être obtenues. La désignation du tribunal importe surtout parce que le jugement est une source d'obligations fonctionnelles. Les autorités refuseront d'obtempérer à l'injonction d'un titre dont l'auteur est inconnu.

La cassation peut paraître une sanction démesurée. Il n'en est rien. Elle anéantit intégralement (dans le système neuchâtelois de la cassation totale) le jugement attaqué, mais elle ne constitue en fait qu'un ordre de corriger l'informalité. C'est un enseignement pour le juge inférieur. Il assure le maintien d'une administration disciplinée de la justice.

La mention du nom des juges est une formalité essentielle²⁸⁵ pour les mêmes raisons. Elle permet de vérifier l'aptitude et la qualité des magistrats qui ont participé au jugement. Elle ne suffira pas toujours. Lorsque l'un des juges n'appartient pas au tribunal, mais fonctionne comme suppléant ordinaire ou extraordinaire, cette circonstance et les raisons de cette circonstance doivent être mentionnées afin que le pouvoir du juge soit régulièrement

²⁸² Gény, *Science et technique en droit privé positif*, III, 101.

²⁸³ Morel, N° 408.

²⁸⁴ Cornu et Foyer, 430.

²⁸⁵ Mimin, *Le style des jugements*, N° 176, p. 339.

attesté. La qualité et le pouvoir des auteurs du jugement doivent être certains. La Cour de cassation française est stricte sur ce point²⁸⁶. A bon droit.

Le jugement, qui émane d'un juge non assermenté conformément à l'article 86 de la Constitution neuchâteloise, ne devrait pas être cassé pour vice de forme *stricto sensu* mais pour excès de pouvoir. « Le serment une fois prêté rend le magistrat apte à accomplir tous les actes inhérents à sa fonction »²⁸⁷.

L'article 333 chiffre premier du CPCN ne parle pas de la mention du nom du greffier. C'est pourtant une formalité substantielle. Le jugement doit attester sa présence et son identité. Le greffier fait partie intégrante du tribunal; sans lui, il est incomplet²⁸⁸.

La Cour de cassation neuchâteloise considère à juste titre que l'omission de la désignation des parties entraîne cassation du jugement²⁸⁹. On ne peut en effet invoquer un jugement comme titre exécutoire à l'encontre d'une personne qui n'y est pas mentionnée.

La règle de forme est observée dès qu'il ne subsiste aucun doute sur l'identité des plaideurs. Il n'est pas nécessaire que toutes les indications requises par l'article 108 CPCN soient données. La mesure des précisions nécessaires dépend des circonstances.

L'attestation que l'incapable a été dûment représenté ou muni des autorisations nécessaires est essentielle. Le jugement doit être en mesure de prouver par son texte la régularité de la représentation légale. L'omission d'une telle mention peut mettre en échec une poursuite en exécution.

L'oubli de la mention de la représentation *ad litem* n'entraîne pas la cassation du jugement. L'assistance d'un mandataire, bien qu'obligatoire pour la majorité des affaires, est dictée dans l'intérêt privé. L'omission de cette rubrique n'entrave pas la fonction du jugement.

L'histoire sommaire du litige et du procès (exposé des faits et des conclusions des parties) est essentielle. Il faut pouvoir déterminer sur la base du jugement lui-même l'étendue objective de l'autorité de la chose jugée. La cause, l'objet du litige, les moyens et les conclusions des parties doivent être mentionnés au jugement sous peine de cassation.

Les pièces du dossier permettront à la Cour de cassation de savoir si le juge du fond a tracé une histoire suffisamment complète du litige et de la procédure.

²⁸⁶ Vizioz, 473.

²⁸⁷ Morel, N° 136; Glasson, Tissier et Morel, I, 118.

²⁸⁸ Guldener, Zpr., 12, 13; Mimin, *Le style des jugements*, 344; Cornu et Foyer, 253; RJN I, 2^e partie, p. 7.

²⁸⁹ CCC VI 192.

Le rappel des arguments juridiques invoqués par les parties n'est pas nécessaire. Les parties ne sont pas tenues d'en fournir. Ils ne déterminent en rien l'étendue objective de l'autorité de la chose jugée. Ils ne lient pas le juge qui est censé les avoir tous examinés.

L'obligation de motiver le jugement (exposé des points de fait et de droit dont dépend la solution du litige) est une formalité essentielle et d'ordre public.

Elle est attribuée à la Révolution française. Un édit de Naples la consacre pourtant en 1774 déjà. Sous le règne d'Henri II un jurisconsulte réclame l'obligation pour les juges de motiver leurs jugements; cet « être singulier que l'originalité de son esprit fit passer pour fou » est Raoul Spifame, à placer, selon Bordeaux²⁹⁰, au premier rang de ceux qui ont contribué à l'amélioration du formalisme judiciaire.

L'absence de motivation du jugement entraîne cassation²⁹¹. Mais le jugement est rarement dépourvu de toute motivation. Les motifs contenus dans le document juridictionnel ne sont, en général, pas ceux qui ont conduit le tribunal au dispositif. Ils constituent une discipline à laquelle le juge s'est raisonnablement assujéti s'il peut justifier juridiquement la solution adoptée tout d'abord intuitivement²⁹². On peut poser avec la jurisprudence et la doctrine française que « motiver un jugement c'est le motiver complètement »²⁹³. La motivation insuffisante est une absence partielle de motivation. Mais la limite de la suffisance est délicate à fixer, car il ne faut pas se départir d'un point de vue formel. L'élucidation des questions de fait doit être motivée comme la réponse aux questions de droit. Le juge apprécie librement les preuves, mais les faits sur lesquels il fonde cette appréciation doivent ressortir du jugement. Le jugement satisfaisant de ce point de vue pourra encore, sur le plan du fond, être cassé pour déni de justice. La limite entre ces deux moyens est insaisissable lorsqu'on exige, au respect de l'obligation de forme, non seulement une motivation, mais encore une motivation complète et suffisante. La motivation est formellement correcte, pensons-nous, lorsque tous les points de fait, qui doivent être établis pour statuer, font l'objet d'une rubrique dans le document juridictionnel. Il y a vice de forme lorsqu'un de ces points est omis.

Quelle était la position du véhicule au moment de l'accident ? Si le juge déclare que l'automobiliste circulait à droite, sans l'établir, sans fournir

²⁹⁰ Bordeaux, 63, 65.

²⁹¹ CCC III 153; I 168. CCC du 27 mars 1953, N° 2866 (Schafroth/Sandoz) : « La Cour de cassation a déjà jugé qu'en ne disant pas pourquoi un enfant était attribué à sa mère, le juge rendait une décision qui n'était pas motivée, contrairement à l'article 61 de la Constitution cantonale. En l'espèce, le juge ne dit pas pourquoi il interdit à Dame S. de faire un prélèvement sur son carnet d'épargne. On peut supposer que c'est pour sauvegarder les droits éventuels de l'autre époux, mais cette supposition ne remplace pas une motivation. L'absence de motifs dans une décision constitue un vice de forme qui entraîne la nullité. » CCC I 267 : il n'est pas nécessaire cependant que le jugement soit motivé par des formules sacramentelles.

²⁹² Brogini, 106, 107.

²⁹³ Vizioz, 476.

d'explications étayant son point de vue, il y a vice de forme. Il y a vice de fond (arbitraire, déni de justice), si le tribunal donne les raisons pour lesquelles il retient que l'automobiliste circulait à droite (faits, preuves, indices), mais que sa manière de voir paraît non fondée en fonction de ces raisons. Dans le premier cas, la chaîne des arguments qui constituent le raisonnement est privée d'un maillon. Dans le second, tous les maillons sont là, mais l'un d'eux est défectueux. Il faut pourtant se garder d'exigences excessives. En procédure orale, par exemple, la théorie doit faire des concessions à la pratique, et une formule telle que « ... la procédure établit que l'automobiliste circulait à droite... » sera en général suffisante.

L'obligation de motiver la décision en droit est satisfaite non seulement lorsque le jugement est, qualitativement, motivé d'une manière complète, mais déjà lorsque toutes les questions qui conditionnent la solution du litige sont prises en considération. Si le juge mentionne et examine tous les moyens invoqués, s'il répond à chaque prétention, *tot capita tot sententia*, il n'encourra pas la cassation pour vice de forme dans les considérants juridiques. Il n'est pas exclu en revanche que ceux-ci soient affectés d'une erreur *in iudicando*. Font exception à la règle les moyens et les conclusions subsidiaires. Si la prétention ou le moyen principal est retenu, la prétention ou le moyen subsidiaire doit être laissé de côté; l'élément subsidiaire est, en effet, invoqué conditionnellement, or la condition ne s'est pas réalisée. Inversement, en cas de rejet de la prétention ou du moyen principal, le juge doit se saisir de la prétention ou du moyen invoqué à titre subsidiaire. Le juge n'est pas lié par un ordre précis. Mais il ne pourra pas se saisir de la prétention ou du moyen subsidiaire avant d'avoir rejeté la prétention ou le moyen principal, à moins que les motifs du rejet de l'élément subsidiaire impliquent rejet de l'élément principal.

Le juge n'est pas obligé de répondre à tous les arguments soulevés durant le procès, ni de répondre à ceux-ci exclusivement. Il les choisit librement en sa qualité de juriste.

La Cour de cassation appréciera la suffisance de la motivation exclusivement en fonction du document juridictionnel. Mais elle pourra effectuer ce contrôle à l'aide des pièces du dossier. La motivation est suffisante formellement lorsqu'elle permet de critiquer ou d'approuver le dispositif. Lorsque cette approbation ou cette critique n'est pas possible sur la seule base du texte du jugement, la motivation est incomplète, il y a défaut de motifs ²⁹⁴.

²⁹⁴ Galogero, N° 61 : « Il requisito che la sentenza sia motivata, pena la nullità, ... è infatti esclusivamente formale : quel che si richiede non è già che il giudice ragioni in un modo o in un altro, ma che renda conto di tale ragionamento, in modo che gli interessati possano comprenderlo, e, convincersi della legittimità della decisione, o avere il modo di contestarla, nei limiti in cui ad essi lo consentano le norme di legge concernenti i mezzi d'impugnativa. » C'est bien là le critère de la suffisance de la motivation. Celle-ci a en effet pour fonction essentielle de convaincre de la justesse et de la justice du dispositif. Kuster, 17.

Il faut se placer dans cette perspective pour savoir si la contradiction dans la motivation constitue un vice de forme ou non. Ou bien les motifs contradictoires peuvent coexister. L'un d'entre eux fonde le dispositif. L'autre est erroné mais sans incidence sur le dispositif; il est simplement surabondant. Sa présence ne peut entraîner cassation. Ou bien la contrariété est telle que les motifs s'annihilent. Aucune motivation ne subsiste alors. Le vice fonde la cassation.

Le jugement qui déboute le demandeur pour inexistence de la créance et compensation devra être cassé pour défaut de motifs résultant d'une contrariété. Une question dont dépend la solution du litige demeure non tranchée : la créance prétendue existe-t-elle ou non ?

Le jugement qui débouterait le même créancier motif pris que la créance a été exécutée et qu'elle est prescrite ne saurait être cassé pour vice de forme résultant d'une contrariété dans la motivation.

La contrariété sans influence sur le dispositif et qui ne porte pas atteinte à la suffisance de la motivation n'entraîne pas la cassation du jugement ²⁹⁵.

La signature du jugement est une formalité essentielle. Peut-être même est-ce une condition d'existence juridique du jugement ²⁹⁶. Ce formalisme symbolique se justifie. La signature seule constitue l'attestation véritable que le jugement émane du tribunal désigné. La Cour de cassation neuchâteloise a jugé récemment ^{296 bis} que l'omission de la signature du greffier, au contraire, n'était pas une cause de nullité.

L'indication de la date est aussi essentielle. Le jugement doit attester par son texte même le jour durant lequel il a été rendu ²⁹⁷.

Le vice de forme est sanctionné en lui-même, sans égard à son incidence sur le dispositif, en considération de ses conséquences techniques. Il ne suffit pas, en effet, pour que le jugement puisse remplir sa fonction, qu'il soit juridiquement fondé, qu'il soit juste.

Des dispositions intiment parfois aux tribunaux un délai pour rendre leurs jugements. Ce sont des règles d'ordre; leur inobservation ne saurait en aucune manière entraîner la cassation du jugement ²⁹⁸.

D'autres dispositions, dont on ne trouve trace en droit neuchâtelois mais qui y seraient bienvenues pourtant, prévoient un délai avant l'expiration duquel l'audience de jugement ne peut avoir lieu. Elles garantissent les droits de la défense, elles réalisent un principe fondamental de la procédure. Leur violation constituerait en droit neuchâtelois un déni de justice au sens de l'article 393 lit. e.

²⁹⁵ Marty, th., 287; Mimin, *Le style des jugements*, 361; Glasson, Tissier et Morel, III, 43.

²⁹⁶ Faye, 102; Cuche et Vincent, N° 366; De Maio, N° 68.

^{296 bis} RJN II 177.

²⁹⁷ Mimin, *Le style des jugements*, N° 170, 171, pp. 335, 336.

²⁹⁸ CGC II 137.

Déni de justice (art. 393 lit. e CPCN).

A première vue la cassation est une sanction bien inadéquate du déni de justice. Au sens propre le déni de justice s'analyse en un refus de juger. Or, la cassation fonctionne seulement contre les jugements !²⁹⁹

L'ouverture n'est pas d'origine française. C'est une création de la jurisprudence neuchâteloise, régularisée par le Code de procédure civile de 1906³⁰⁰.

Notion essentiellement variable dans le temps et dans l'espace³⁰¹, le déni de justice a subi un développement important dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il faut le connaître pour comprendre l'utilité de cette ouverture à cassation. Avant 1874, le Tribunal fédéral considérait comme déni de justice exclusivement le fait de n'avoir pu obtenir justice auprès des autorités cantonales³⁰². Durant la décade suivante la notion fut considérablement étendue. En 1882, le déni de justice englobe le déni de justice matériel (arbitraire) et le déni de justice formel dont les cas les plus importants sont le refus d'assistance judiciaire, le refus du droit d'être entendu, le refus de juger exprès, tacite ou ensuite d'un conflit négatif de compétence³⁰³.

L'ouverture à cassation neuchâteloise doit être envisagée en fonction de la notion dégagée par le Tribunal fédéral, mais elle n'en comprend pas tous les cas. L'arbitraire dans l'application de la loi est une erreur de droit au sens de l'article 393 lit. a CPCN. Les décisions relatives à l'assistance judiciaire ne sont pas soumises au contrôle de la Cour de cassation neuchâteloise³⁰⁴. Le refus tacite de juger, résultant essentiellement du silence prolongé du juge, n'est pas sanctionné par le pourvoi mais par la voie disciplinaire³⁰⁵. Les conflits négatifs de compétence ne sont pas tranchés par la Cour de cassation mais par le Tribunal cantonal³⁰⁶. Le refus exprès de statuer pourrait faire l'objet d'un pourvoi, mais il ne se présente jamais³⁰⁷. Restent ainsi à la lettre e de l'article 393 CPCN deux groupes de vices : le refus du droit d'être entendu et l'arbitraire.

²⁹⁹ Figuet, 76.

³⁰⁰ BGC LXX 257.

³⁰¹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, L. XXVIII, ch. 28; Vocabulaire H. Capitanc, sous *déni de justice*.

³⁰² Rossel, *Le déni de justice dans la jurisprudence du TF*; Figuet, 36.

³⁰³ Rossel, 19.

³⁰⁴ CCC VI 40.

³⁰⁵ CCC VI 218.

³⁰⁶ CPCN art. 17.

³⁰⁷ On peut se demander si le juge saisi en vertu d'une prorogation de compétence faite en bonne et due forme se trouve dans l'obligation de statuer, autrement dit, s'il commet un déni de justice formel en refusant de se saisir. La question est controversée en droit français (Morel, N° 292). Les articles 14 et 17 OJN autorisent à penser que le juge qui refuserait de se saisir d'une affaire que les parties ont, de par la loi, droit de lui soumettre, commettrait un déni de justice. Guldener, Zpr., 85.

Constituent violation du droit d'être entendu :

le fait de statuer sans avoir ordonné un débat oral auquel les parties n'ont pas renoncé en demandant le jugement sur pièces ³⁰⁸;

le fait de juger sur la base de pièces communiquées par l'une des parties après la clôture de la procédure et à l'insu de la partie adverse ³⁰⁹;

le fait de se saisir d'une demande principale et d'écarter la demande reconventionnelle pour incompétence, alors que le lien de connexité des deux prétentions exigeait qu'elles soient jugées ensemble ³¹⁰.

Commets un déni de justice matériel (arbitraire) le juge qui, en abusant de sa liberté d'appréciation, considère comme non prouvé un fait établi de façon irréfutable ou inversement, comme prouvé un fait dénué de toute preuve ³¹¹; le juge dont la décision est en contradiction avec les pièces du dossier ³¹², ou se trouve motivée de façon absolument gratuite ³¹³.

Le déni de justice formel entraîne cassation indépendamment de son influence sur le dispositif selon la Cour de cassation ³¹⁴.

Elle déclare pourtant dans un arrêt du 25 février 1927 ³¹⁵ : « Il ne suffit pas qu'une constatation de fait renfermée dans un jugement soit contraire aux pièces du dossier pour qu'il y ait déni de justice. Il faut encore que cette constatation ait exercé une influence sur la décision du juge. Quant à l'appréciation de la valeur probante d'un témoignage, elle ressort du tribunal de jugement et ne saurait être revue que si elle est manifestement arbitraire. »

Faut-il en déduire que l'arbitraire doit être causal, comme l'erreur *in judicando*, pour entraîner cassation ? Non. Tandis que l'erreur de droit doit influencer le dispositif pour fonder la cassation, le déni de justice doit seulement être capable d'influencer le dispositif. L'influence effective sur le dispositif n'a pas à être démontrée; il suffit qu'elle existe virtuellement. La Cour de cassation neuchâteloise exprime par là la volonté légitime de ne pas sanctionner pour déni de justice de simples bévues ou des erreurs sans importance. Cette restriction est normale. Si une simple bévue produit une contrariété avec les pièces du dossier, elle ne constitue pas encore un déni de justice. Dans l'arrêt cité, la contrariété avec les pièces du dossier consistait en ce que le jugement parlait du témoin A, le procès-verbal, du témoin B; mais elle était sans influence sur le dispositif, les deux témoignages ayant été écartés comme suspects parce qu'émanant l'un et l'autre d'employés d'une des parties au litige. De même, l'appréciation arbitraire d'un fait doit, pour

³⁰⁸ RJN I 178.

³⁰⁹ CCC VI 267; CCC du 12 janvier 1959, N° 3270.

³¹⁰ CCC VI 150.

³¹¹ CCC IV 359; VI 133, 240. RJN II 66.

³¹² CCC VI 123, 138.

³¹³ CCC VI 189.

³¹⁴ RJN I 178.

³¹⁵ CCC du 25 février 1927 (Electrolux/Béguin).

entraîner cassation, se rapporter à un fait essentiel, c'est-à-dire à un fait dont l'appréciation est susceptible d'influencer la solution du litige.

La Cour de cassation neuchâteloise contrôle indirectement l'appréciation des faits par le moyen du déni de justice ³¹⁶.

La Cour de cassation française opère le même contrôle par la dénaturation en matière de contrats ³¹⁷ (c'est un cas particulier d'arbitraire) et par une ouverture à cassation d'origine prétorienne : le défaut de base légale. M. Warlomont la définit ainsi ³¹⁸ : « Ce vice procède non de ce que la motivation fait défaut, ou est inopérante, mais de ce qu'elle est insuffisante en quantité et en développement. La motivation n'est pas exprimée d'une manière à permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle, ou bien la décision est armée de motifs (condition de forme), mais ceux-ci n'étant pas dûment exprimés sont pour la Cour suprême comme s'ils n'étaient pas (condition de fond). » M. Motulsky ³¹⁹ mentionne que les cassations pour défaut de base légale sont très fréquentes.

Il est donc naturel de se demander comment ce vice serait sanctionné en droit neuchâtelois. Deux moyens peuvent entrer en considération : le défaut de motifs et le déni de justice. Il faut opter pour le second puisque la doctrine française distingue justement le défaut de base légale du vice de forme. Mais la différence est imperceptible. Si on admet, avec M. Solus ³²⁰, que le manque de base légale consiste en un exposé incomplet des faits « mettant la Cour de cassation dans l'impossibilité de savoir si la loi a été ou non mal appliquée », avec Vizoz ³²¹, que l'insuffisance de motifs équivaut à l'absence de motivation, on doit conclure, avec M. Le Clec'h ³²², qu'aucun critère n'est possible pour distinguer le défaut de base légale, le vice de forme et le déni de justice.

Ces moyens de cassation tendent avec la théorie de la dénaturation à ce que le juge du fond rende des décisions sérieusement motivées ³²³.

*

Il peut être interjeté recours en cassation pour rejet, sans motifs suffisants, des moyens de preuve proposés, contre les jugements au fond rendus par le président du tribunal de district (art. 393 al. 2 GPCN).

Lors de l'institution du principe de l'unité de l'instruction et du jugement, et de l'abolition de la procédure d'opposition à preuve, en 1925, le

³¹⁶ La violation des règles de preuves, constitutive d'erreur de droit, est aussi, en droit neuchâtelois comme en droit français, un moyen indirect de contrôler l'appréciation des faits par le juge du fond. Marty, th., 184; Bardot, 141; Joly, 3.

³¹⁷ Marty, th., 315.

³¹⁸ Warlomont, N° 2485 bis.

³¹⁹ Motulsky, *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*.

³²⁰ Solus, *Cours*, 793.

³²¹ Vizoz, 475.

³²² Le Clec'h, *De l'insuffisance de motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*.

³²³ Marty, th., 321.

législateur a craint l'arbitraire du juge³²⁴. Il a voulu y remédier par ce compromis entre le pouvoir souverain du juge instructeur quant à l'admission des moyens de preuve et le recours immédiat contre sa décision (art. 192 CPCN).

Le moyen restreint le pouvoir du juge en matière d'admission des moyens de preuve exclusivement. Il ne touche pas à sa liberté d'appréciation des preuves³²⁵. C'est un cas particulier d'arbitraire relatif à une décision incidente qui, à l'encontre du principe, est attaquable avec la décision finale seulement.

*

Ouvertures à cassation contre les décisions des tribunaux de prud'hommes.

La loi de 1885³²⁶ en la matière soustrait les tribunaux de prud'hommes au contrôle de la Cour de cassation.

La loi de 1899³²⁷, au contraire, crée une ouverture spéciale. Article 31 : « Lorsqu'une partie veut décliner la compétence du tribunal, elle doit l'annoncer au moment où la cause est appelée. Dans le cas où la partie estime appartenir à un autre groupe, le tribunal se prononce souverainement et sans recours en cassation. Dans le cas où la partie prétend ne pas être justiciable des tribunaux de prud'hommes, celui-ci statue sur le déclinatoire. Le recours en cassation dans les formes et les délais prévus par le code de procédure civile est réservé. La Cour de cassation peut condamner jusqu'à 100 fr. la partie qui a recouru sans motifs sérieux. »

La loi de 1951 sur la juridiction des prud'hommes étend légèrement ce moyen en son article 23 : « Les décisions des tribunaux de prud'hommes ne peuvent faire l'objet d'un recours à la Cour de cassation. Toutefois la Cour de cassation peut annuler les décisions d'un tribunal de prud'hommes s'il s'est saisi d'une demande qui est de la compétence d'un tribunal d'un autre ordre ou s'il a jugé à tort que la cause ne ressortit pas à la juridiction des prud'hommes »³²⁸. Elle étend aussi les attributions des tribunaux de prud'hommes. Ils statuent sur tous les conflits, d'une certaine valeur litigieuse, qui s'élèvent à propos d'un rapport de travail, et non plus seulement sur les contestations occasionnées par un contrat de travail *stricto sensu*. La notion de rapport de travail est plus vaste que celle de contrat de travail³²⁹.

*

³²⁴ BGC XC 273, 285.

³²⁵ CCG VI 243. Par ailleurs, la liberté d'appréciation des preuves ne va pas jusqu'à l'arbitraire. RJN II 99.

³²⁶ NRLCN I 327.

³²⁷ NRLCN X 465; ROLCN II 16.

³²⁸ ROLCN X 96.

³²⁹ BGC CXVI 317.

Ouvertures à cassation contre les sentences arbitrales ³³⁰.

L'article 488 du code de procédure actuel est la copie textuelle de l'article 489 du code de 1906 qui a développé un peu l'article 510 du code de 1878.

Le pourvoi contre les sentences arbitrales n'est pas d'origine française. C'est un pur recours en nullité.

Les ouvertures à cassation sont constituées par quelques erreurs *in procedendo* d'une gravité particulière : inobservation du délai d'arbitrage, prononcé *ultra petita*, incompétence, sentence ne statuant pas sur toutes les conclusions des parties.

Ces ouvertures sont limitatives. La loi réserve pourtant la convention contraire, qui peut instituer d'autres moyens de cassation. Cette convention doit être faite, à notre sens, en la forme prévue par l'article 472 CPCN pour le compromis ou la clause compromissoire. Quel peut-être son contenu ? Les parties sont-elles liées par les normes ordinaires qui régissent le pourvoi, notamment par l'article 393 CPCN ? Il faut considérer que la Cour de cassation cesse de fonctionner comme juridiction cantonale, lorsqu'elle est saisie de moyens conventionnels étrangers à l'article 393 CPCN. Elle reste une autorité de recours, mais dans le cadre d'un système arbitral et non dans le cadre de l'organisation judiciaire étatique ³³¹. La distinction a une importance pratique comme nous le verrons. Mais des cas d'espèce ne se présentent pas très souvent. La convention supplémentaire ne s'accorde pas en général avec l'esprit de l'arbitrage qui tend à la liquidation rapide, officieuse et selon l'équité, des litiges ³³².

*

Les ouvertures à cassation contre les jugements sur conclusions civiles.

Le code de procédure pénale de 1893 ouvre le pourvoi à la Cour de cassation civile, contre les décisions sur conclusions civiles, pour erreur de droit et vice de forme dans le texte du jugement, exclusivement ³³³.

Le code de 1945 est plus large. Son article 277 renvoie simplement aux ouvertures à cassation ordinaires en matière civile. Le jugement sur conclusions civiles peut donc être attaqué pour erreur de droit, incompétence et excès de pouvoir, vice de forme, contrariété de jugements et déni de justice. Nous ne pensons pas que l'article 393 al. 2 CPCN s'applique aux jugements

³³⁰ Ferregaux G., *Du recours en cassation contre les jugements arbitraux en procédure civile neuchâtoise*, 113 ss.

³³¹ *Ibid.*, 115 : « Les parties n'étant que présumées vouloir faire trancher leur différend selon la raison naturelle et l'équité plus que d'après des principes juridiques stricts, rien ne les empêche de détruire cette présomption en décidant, d'un commun accord, que le jugement arbitral pourra être attaqué, comme la sentence judiciaire, dans tous les cas prévus à l'article 393 CPCN ou dans certains d'entre eux. »

³³² Guldener, *Zpr.*, 580, 581.

³³³ CPPN de 1893, art. 172.

sur conclusions civiles. Cet alinéa n'est pas une ouverture à cassation, mais une règle relative aux actes attaquables. Il a été introduit dans des circonstances en rapport avec les tribunaux civils seulement. Il est concevable en fonction de la première phrase de l'article 393 CPCN seulement, qui ne concerne pas les jugements sur conclusions civiles. La question des actes attaquables en matière de jugements sur conclusions civiles est réglée exclusivement par le code de procédure pénale.

A vrai dire cette remarque n'a qu'une portée théorique puisque le législateur neuchâtelois applique le système des recours différés aux jugements sur conclusions civiles et que le rejet sans motifs suffisants des moyens de preuve proposés est un cas particulier de déni de justice. S'il y a eu complément d'instruction (pour déterminer le montant du dommage par exemple, art. 227 al. 2 CPPN), le pourvoi contre le jugement au fond pourra donc invoquer le rejet arbitraire des moyens de preuve proposés.

§ 3. ERREUR *IN JUDICANDO* ET ERREURS *IN PROCEDENDO*.

Malgré des incertitudes et des controverses, la distinction des erreurs *in procedendo* et de l'erreur *in judicando* présente un intérêt en législation, en doctrine et dans la pratique. Les ouvertures à cassation, la distinction du fait et du droit, le pouvoir d'examen et de décision de la juridiction en dépendent.

*

Le procès tend à établir la volonté légale concrète et subjective. Ce but est atteint par deux séries d'opérations distinctes :

Une méthode. Ce sont les règles du jeu. Tantôt, elles ont pour fondement l'obtention de la vérité juridique ou historique; le respect notamment du principe de la contradiction, sans être une condition *sine qua non* de cette vérité, est une garantie assez certaine de bonne justice. Tantôt elles ont une justification pratique; la division de l'ordre judiciaire en une pluralité de tribunaux est motivée avant tout par le volume des affaires. Tantôt enfin, elles sont dictées par des considérations mixtes, pratiques et éthiques à la fois; l'attribution de certaines affaires à des tribunaux spéciaux est pratiquement utile en même temps qu'elle garantit une résolution des litiges selon toutes les règles de l'art.

Un ensemble de constatations, d'appréciations et de jugements de valeur. Le jeu lui-même.

L'erreur de méthode est une erreur *in procedendo*. La traduction textuelle de ces termes révèle parfaitement le sens de l'expression : erreur en procédant. Vice d'activité. Inobservation des règles du jeu.

L'erreur de constatation, d'appréciation et de jugement, relativement

aux faits ou au droit, est une erreur *in judicando*, *de facto* ou *de jure*. C'est une erreur commise en jugeant, un vice de jugement.

L'erreur *in procedendo* ne coïncide pas avec la violation de la loi de procédure, ni l'erreur *in judicando*, avec la violation du droit de fond. La nature procédurale ou matérielle de la loi violée ne peut servir de critère à la distinction des erreurs *in procedendo* et *in judicando*. La violation de la loi de procédure commise *in judicando*, en jugeant de la compétence ou de tout autre incident de procédure, est une erreur *in judicando*. Une règle de procédure peut donner lieu à une erreur *in judicando* comme à une erreur *in procedendo* ³³⁴.

Chiovenda et Calamandrei n'admettent pas cette manière de voir ³³⁵. Que le juge se déclare, à tort, compétent dans un jugement préjudiciel, ou qu'il se saisisse, à tort, directement du fond sans se préoccuper de la question de procédure, il commettrait une erreur *in procedendo* et non une erreur *in judicando*, dans les deux cas. Cette opinion est discutable. La décision par laquelle le tribunal se reconnaît, à tort, compétent, ne peut être arguée d'incompétence, ni celle dans laquelle il se déclare, à tort toujours, incompétent. Le juge est toujours compétent pour statuer sur sa compétence. Ce sont deux cas d'erreur *in judicando*. Le juge s'est trompé dans la recherche de la volonté subjective de la loi.

Cette controverse est sans importance pratique dans l'hypothèse de la compétence absolue. Le jugement vicié sera attaquable et cassé, quel que soit le point de vue adopté. Il n'en est pas de même dans le domaine de l'incompétence relative, plus généralement toutes les fois qu'un vice affectant le jugement n'est pas sanctionné par l'une des ouvertures spéciales à cassation, incompétence, excès de pouvoir, vice de forme... Si la déclaration fautive de compétence relative est considérée comme une erreur *in procedendo*, n'étant pas visée par les ouvertures limitativement énumérées par la loi, elle n'entraînera pas cassation. Si elle est au contraire considérée comme erreur *in judicando*, elle fondera la cassation du jugement. Calamandrei s'est rendu compte de la conséquence fâcheuse de sa conception. Il l'évite par une règle peu satisfaisante : lorsque le vice est à la fois constitutif d'erreur *in procedendo* et d'erreur *in judicando*, il faudrait le qualifier d'erreur *in judicando* exclusivement s'il ne rentre pas dans les prévisions d'une des ouvertures spéciales édictées à la suite de l'erreur de droit ! ³³⁶

*

La distinction des erreurs *in procedendo* et *in judicando* est consacrée implicitement par les législations française, italienne, allemande et neuchâ-

³³⁴ Marty, th., 21.

³³⁵ Chiovenda, 876, 878; Calamandrei, II, 295.

³³⁶ Calamandrei, II, 298.

teloise, dans l'énumération des ouvertures à cassation³³⁷. A défaut de cette distinction, les ouvertures spéciales seraient inutiles. Elles s'analyseraient en des cas particuliers de l'ouverture générale. Or, les ouvertures à cassation sont limitativement énumérées par la loi. Elles consacrent des droits bien distincts d'annulation du jugement.

La lettre *a* de l'article 393 CPCN se rapporte exclusivement aux erreurs *in iudicando*. A elles toutes. Les lettres suivantes du même article répriment seulement quelques cas d'erreurs *in procedendo*. L'erreur de droit est une ouverture générale. La cassation peut être obtenue pour n'importe quelle erreur *in iudicando*. Les autres ouvertures sont spéciales. Elles concernent certaines erreurs *in procedendo* seulement. Toute erreur *in procedendo* ne doit pas en effet entraîner la cassation du jugement.

La discrimination des erreurs *in procedendo* entraînant la cassation se justifie pour des raisons procédurales.

Par définition, l'erreur *in iudicando* se situe dans la phase finale du procès, ou dans la phase finale de l'une de ses parties. Elle affecte le fait de juger. Elle ne se constate qu'une fois le jugement rendu. Les erreurs *in procedendo* au contraire sont semées sur tout le cours du procès, de son commencement (inobservation des conditions de procédure) à sa fin (excès de pouvoir dans le cours de la procédure ou dans le jugement).

Le recours est, en principe, la seule sanction concevable de l'erreur *in iudicando*. Les erreurs *in procedendo* ont des remèdes multiples, donnés bien avant le moment de l'utilisation des voies de recours. Certaines erreurs *in procedendo* sont dépourvues de sanction; elles n'entravent pas le cours normal du procès. D'autres sont sanctionnées temporairement, dans le cadre du procès. D'autres encore affectent la procédure au-delà de l'instance, sans être irrémédiables; l'expiration sans utilisation des délais de recours les couvrira. D'autres enfin sont irrémédiables; elles empêchent l'acte vicié d'exister juridiquement.

Une limitation des erreurs *in procedendo* ouvrant le pourvoi s'avère donc naturelle et nécessaire.

On comprend dans cette perspective que l'erreur de droit soit assujettie à une condition qui ne grève pas les erreurs *in procedendo*: la causalité (seule l'erreur de droit qui influence le dispositif fonde la cassation du jugement). En réalité, la causalité n'est pas seulement une condition de la cassation pour erreur de droit. Elle est un élément intégrant de la notion même d'erreur *in iudicando*. L'erreur de droit dans la motivation est un indice d'erreur *in iudicando*. C'est tout. Elle ne suffit pas à entraîner la cassation. A cet effet, la Cour de cassation vérifie encore s'il y a erreur *in iudicando*, c'est-à-dire si l'établissement de la volonté légale concrète est erroné. L'erreur *in procedendo* vicie l'acte de par sa seule existence; l'erreur *in pro-*

³³⁷ Il n'en est pas de même dans les recours devant le Tribunal fédéral parce que la violation de la procédure, *in procedendo* ou *in iudicando*, est une question de droit cantonal qui échappe à son contrôle.

cedendo donnant ouverture à cassation présume irréfragablement de l'injustice de la décision³³⁸. En matière d'erreur *in iudicando* le mal-jugé doit être démontré. La loi attache la présomption irréfragable aux erreurs *in procedendo* graves en présence desquelles l'expérience ou des considérations théoriques démontrent que la justice de la décision doit être tenue pour fort suspecte.

*

La doctrine constate que le pouvoir d'examen de la Cour de cassation varie selon qu'elle juge d'une erreur *in procedendo* ou d'une erreur *in iudicando*. La liberté d'investigation de la Cour de cassation est en effet plus grande dans le premier cas³³⁹. On dit à juste titre que la Cour de cassation jouit d'un pouvoir général d'examen comparable à celui de tout autre tribunal lorsqu'elle connaît d'une erreur *in procedendo*³⁴⁰.

Le pouvoir d'examen de la Cour de cassation est plus vaste dans le domaine des erreurs *in procedendo* qu'en matière d'erreurs *in iudicando*, non pas parce que la loi accorderait à la Cour suprême une plus grande liberté dans ce domaine-là, mais parce que la position procédurale des erreurs *in procedendo* et *in iudicando* est incomparable.

L'erreur *in iudicando* dont la Cour de cassation est saisie se rapporte par définition à une question jugée par le tribunal inférieur. Sans exception. Si une partie de l'opération juridictionnelle fait défaut dans le document juridictionnel, le jugement ne sera pas cassé pour erreur *in iudicando* mais pour erreur *in procedendo* (vice de forme). Au contraire, l'erreur *in procedendo*, dont connaît la Cour de cassation, n'a pas fait l'objet d'un jugement au sens procédural du terme. Elle consiste en certains faits à élucider, à qualifier et à juger. L'incompétence, le vice de forme au sens des ouvertures à cassation sont les conséquences légales de faits non encore judiciairement appréciés. Ils auraient pu l'être au cours d'un incident clos par une décision du juge du fond; mais celle-ci serait attaquable pour erreur *in iudicando* exclusivement. En statuant sur une erreur *in iudicando*, la Cour de cassation accomplit une partie d'un travail déjà fait. Le jugement d'une erreur *in procedendo* est au contraire une opération nouvelle, bien qu'il soit toujours une manière de contrôle.

³³⁸ Calogero, 56.

³³⁹ Faye, 197 : « Si on doit en général laisser toute latitude aux juges du fond pour constater et apprécier les faits qui leur sont soumis, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de déterminer les points sur lesquels porte le litige, de vérifier la régularité, la portée et les effets juridiques des actes échangés au cours du procès; car il ne peut être permis au juge de modifier arbitrairement les termes du débat engagé devant lui, et le contrôle de la Cour de cassation serait illusoire, si elle ne pouvait consulter à ce sujet le texte même des écrits contestés. La jurisprudence est constante sur ce point. »

³⁴⁰ Chiovenda, 866 : « Mentre dunque la Corte di cassazione esamina il rapporto processuale con cognizione pressoché analoga a quella dei giudici inferiori, non esamina invece il rapporto sostanziale direttamente, ma esamina e giudica il giudizio di diritto contenuto nella sentenza. »

Un jugement déclaratif de responsabilité est attaqué pour erreur *in iudicando*. La Cour de cassation suppose constants les faits reconnus et appréciés par le juge du fond. Elle épouse son état de saisine. Elle se demande alors si le juge du fait a admis la responsabilité à bon droit. Un jugement est attaqué pour incompétence absolue, les parties n'ayant soulevé aucun déclinatoire devant le juge du fond qui s'est saisi directement de la cause. La Cour de cassation pourra accomplir toutes les constatations de fait nécessaires pour trancher la question de compétence. A cette fin, la Cour de cassation appréciera parfois les faits de la cause, car la compétence absolue peut dépendre de la nature juridique du litige ou du rapport de droit unissant les plaideurs. Mais l'investigation dans le domaine du fait restera limitée aux pièces du dossier. Si le vice ne résulte pas de celles-ci, les règles de compétence absolue n'ont pas été méconnues par le juge du fond. L'erreur *in procedendo* n'est réalisée que si le tribunal a été mis à même de reconnaître son incompétence.

La Cour de cassation a une connaissance directe de l'erreur *in procedendo*. Il est exact de dire qu'elle occupe en cette matière la position d'un tribunal de troisième instance ³⁴¹. L'inverse se produit dans le domaine des erreurs *in iudicando*. La Cour de cassation a une connaissance directe du litige (relativement aux points de droit dont elle est saisie) car elle doit examiner si le dispositif est fondé juridiquement. Mais cette connaissance est indirecte en ce que la Cour de cassation statue sur une question déjà tranchée par le jugement dont recours. La situation procédurale différente de l'erreur *in iudicando* et de l'erreur *in procedendo* explique l'étendue variable des pouvoirs de la Cour de cassation, sans qu'il soit nécessaire de soutenir que le pourvoi pour erreur *in procedendo* et le pourvoi pour erreur *in iudicando* sont de nature différente ³⁴².

*

On a prétendu aussi que l'arrêt de la Cour de cassation sur une erreur *in procedendo* n'avait pas une fonction semblable à l'arrêt relatif à une erreur *in iudicando*. L'erreur *in procedendo* ne dépasserait pas le cadre du litige qu'elle affecte. Elle serait sans danger pour la saine et l'uniforme application de la loi. Le pourvoi pour erreur *in procedendo* garantirait seulement une bonne administration de la justice, comme l'appel; il n'aurait pas pour fonction de maintenir l'égalité application du droit ³⁴³.

Ces considérations se fondent sur l'observation d'un phénomène qui se vérifie. Les erreurs *in procedendo* et *in iudicando* déploient sans doute des

³⁴¹ Marty, th., 328 : « ... La Cour suprême ne laisse ici aucune marge au pouvoir d'interprétation des juges du fait. Elle examine elle-même l'acte de procédure, ses mentions et son texte. Elle interprète s'il y a lieu, puis elle recherche et donne sa qualification juridique. Dans ce cas, elle est véritablement une troisième instance. »

³⁴² Calamandrei, II, 304; Chiovenda, 883.

³⁴³ Plassard, 31, 303; Calamandrei, II, 248.

effets différents. L'erreur *in procedendo* a des conséquences infiniment variées, plus ou moins efficaces que l'effet constant de l'erreur *in iudicando*. Mais il est exagéré de prétendre que les pourvois pour erreurs *in procedendo* et pour erreur *in iudicando* ne sont pas de même nature, n'ont pas la même fonction. En entravant la saine administration de la justice, les erreurs *in procedendo* menacent l'égalité application du droit. Le pourvoi pour erreur *in procedendo* s'avère le corollaire du pourvoi pour erreur *in iudicando*. Ils forment un tout indissociable. Les ouvertures à cassation varient suivant les tribunaux; il faut donc que la Cour de cassation puisse sanctionner les incompétences qui constituent une manière d'échapper à tout ou partie de son contrôle. D'autre part, le contrôle de l'activité *in iudicando* suppose le respect d'un certain nombre de formalités de procédure, dont la Cour de cassation doit pouvoir sanctionner l'inobservation. Le défaut de base légale est l'exemple le plus typique de la nécessité d'ouvrir le pourvoi pour certaines erreurs *in procedendo*, pour celles en la présence desquelles le contrôle de l'activité *in iudicando* s'avère impossible.

Il est inexact de dire que l'erreur *in procedendo* ne dépasse pas le cadre du litige concret. Le juge a, peut-être, erré *in procedendo* par ignorance ou négligence. Le vice contient alors le germe d'erreurs futures, *in iudicando* ou *in procedendo*. Il faut le sanctionner promptement afin qu'il ne dépasse pas le litige qui l'a vu naître. Il est ensuite des erreurs *in procedendo* que révèle la seule lecture du dossier ou même du jugement. Elles peuvent constituer des précédents aussi dangereux que les erreurs *in iudicando*. Elles dépassent le cadre du litige. Il faut qu'elles soient sanctionnées par la Cour suprême. Si le jugement vicié d'une erreur *in procedendo* ne forme pas précédent, il fournit, à tout le moins, l'occasion pour la Cour de cassation de donner son point de vue et d'ajouter une pierre à l'édifice de la jurisprudence. La portée virtuelle, au-delà du litige, du jugement attaqué n'est pas le seul facteur de la portée de l'arrêt de la Cour suprême. Si le jugement vicié d'une erreur *in procedendo* n'est pas un précédent aussi néfaste, parfois, que celui qui est affecté d'une erreur *in iudicando*, les arrêts par lesquels la Cour de cassation les sanctionne l'un et l'autre, ont une portée d'égalité valeur. Ils orientent l'application du droit par les organes judiciaires en même temps qu'ils la régularisent.

Un pourvoi en cassation pour erreur *in iudicando* exclusivement serait inadéquat et insuffisant. La difficulté est de choisir opportunément les erreurs de procédure ouvrant le recours en cassation. A l'exception de ce que nous avons dit, à propos de la contrariété de jugement³⁴⁴, ce choix s'avère satisfaisant en droit neuchâtelois. Il permet la sanction de toutes les erreurs graves *in procedendo* dont un jugement peut être affecté.

³⁴⁴ Cf. *supra*, p. 163.

Chapitre III

LE CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DU POURVOI

§ 1. GÉNÉRALITÉS SUR LES CONCOURS ET LA SUBSIDIARITÉ DES RECOURS.

Le pourvoi en cassation a un caractère subsidiaire. Il est irrecevable lorsqu'un moyen ordinaire est ouvert ³⁴⁵, lorsqu'il existe d'autres voies de réformation ³⁴⁶. La doctrine est unanime. Le principe appelle pourtant d'autres précisions.

*

Une voie de recours est subsidiaire si, ouverte en même temps et pour les mêmes motifs qu'une autre, elle lui cède le pas. Le caractère subsidiaire joue un rôle en cas de concours parfait uniquement, c'est-à-dire lorsque les deux moyens sont simultanément donnés pour le même vice.

La règle de subsidiarité, au sens strict, qui détermine la priorité en cas de concours parfait, n'est qu'une des manifestations du caractère subsidiaire du pourvoi en cassation.

Avant de dicter la règle de subsidiarité, le caractère subsidiaire commande la coordination du pourvoi aux autres voies de recours, en instituant certaines conditions de recevabilité. En droit français par exemple, le pourvoi est un moyen subsidiaire par rapport à l'appel, parce que l'une de ses conditions de recevabilité suppose l'épuisement ou l'exclusion de la seconde instance. Un concours entre l'appel et le pourvoi n'est pas possible; leur coordination est réalisée par une condition adéquate de recevabilité, qui exprime la subsidiarité du recours en cassation. La règle proprement dite de subsidiarité n'intervient pas.

La règle de subsidiarité est une condition extraordinaire et dernière de recevabilité, en vertu de laquelle la recevabilité d'un recours entraîne l'irrecevabilité d'un autre.

N'étant qu'une manifestation du caractère subsidiaire du pourvoi, la

³⁴⁵ Guldener, th., 154; Fritzsche, *Von Kassation und Kassationsgericht*, 134.

³⁴⁶ Glasson, Tissier et Morel, III, 451.

règle de subsidiarité n'est pas à considérer seule. Il faut voir le problème dans son entier. Il importe de résoudre non seulement le conflit parfait de recours, mais aussi le concours imparfait. Celui-ci se réalise lorsque deux voies de recours sont recevables simultanément, mais pour des motifs différents. Ensuite, il ne suffit pas de savoir que le pourvoi est subsidiaire, il faut connaître le degré de cette subsidiarité. Subsidiaire par rapport à tel moyen, le pourvoi ne l'est pas forcément par rapport à tel autre.

*

Les effets de la règle de subsidiarité sont aussi variables.

Parfois, la règle de subsidiarité n'a que des effets provisoires. En droit français, le jugement rendu par défaut est susceptible d'opposition et de pourvoi. La règle de subsidiarité intervient. Elle écarte le pourvoi, durant le délai d'opposition. Mais celui-ci expiré sans utilisation, le défaillant peut encore demander la cassation du jugement ³⁴⁷.

Parfois, la règle de subsidiarité a un effet définitif d'irrecevabilité. La voie subsidiaire est utilisable seulement contre le jugement obtenu par la voie primaire. L'expiration du délai de la voie primaire n'ouvre pas la voie secondaire. Le jugement de première instance, susceptible d'appel, ne peut être attaqué en cassation, en droit français. Le pourvoi sera recevable contre l'arrêt de la juridiction de seconde instance seulement ³⁴⁸.

La règle de subsidiarité peut avoir, enfin, un effet plus radical encore; non seulement elle renvoie l'utilisation d'un moyen à plus tard, mais elle l'exclut, à tout jamais. C'est la fonction essentielle de la règle de subsidiarité relative au pourvoi en cassation neuchâtelois. On la trouve exprimée aux articles 16 et 37 de la loi d'organisation judiciaire cantonale. Le jugement au fond d'un tribunal de district dans les matières énumérées à l'article 15 OJN ne peut faire l'objet d'un pourvoi, pas même après l'utilisation de la voie de l'appel. La règle de subsidiarité qui coordonne le pourvoi neuchâtelois aux moyens fédéraux est aussi de ce type.

La règle de subsidiarité du pourvoi en cassation ne tend pas en général à son exclusion. Elle en renvoie l'utilisation à une étape plus avancée de la procédure ³⁴⁹. La Cour de cassation doit avoir l'œil sur tout, mais seulement dans la phase ultime de la procédure. Les règles de subsidiarité exclusive du pourvoi sont motivées par des particularités d'organisation judiciaire. La subsidiarité exclusive sur le plan cantonal provient de ce que la Cour de cassation neuchâteloise n'est pas, à proprement parler, une Cour suprême. La subsidiarité exclusive du pourvoi cantonal sur le plan fédéral,

³⁴⁷ Garsonnet et Cézard-Bru, V, 5; Solus, *Cours*, 794.

³⁴⁸ Japiot, 717, note 4.

³⁴⁹ Faye, 60.

tant en vertu du droit cantonal qu'en vertu du droit fédéral³⁵⁰, résulte de la coexistence d'une organisation judiciaire fédérale et d'une organisation judiciaire cantonale. Le passage de celle-ci à celle-là doit s'effectuer avant l'utilisation des moyens extraordinaires cantonaux lorsque le requiert la nature du recours fédéral qui le réalise.

§ 2. COORDINATION DU POURVOI EN CASSATION ET DES AUTRES MOYENS DE DROIT CANTONAL.

Les articles 16 et 37 de la loi d'organisation judiciaire neuchâtelaise établissent clairement le rapport de principe du pourvoi à la Cour de cassation et de l'appel au Tribunal cantonal : « La Cour de cassation connaît des recours interjetés contre les décisions et contre les jugements des présidents des tribunaux de district non susceptibles de faire l'objet d'un appel au Tribunal cantonal... »

L'article 15 OJN délimite les domaines matériel et procédural de l'appel.

Sont susceptibles d'appel non seulement les jugements des actions en divorce et en séparation de corps *stricto sensu*, mais encore les jugements de toutes les actions qui relèvent des articles 137 à 158 CCS, auxquels l'article 15 OJN renvoie expressément. Il faut citer notamment les décisions sur les actions en modification du jugement de divorce relativement à la pension alimentaire, à l'attribution des enfants, et les décisions relatives à la liquidation du régime matrimonial³⁵¹.

Seul le jugement au fond en ces matières est rendu en première instance selon les articles 15 OJN et 375 CPCN. Peu importe qu'il émane du tribunal de district composé en la forme matrimoniale ou du président du tribunal de district exclusivement (art. 15, al. 3 OJC).

³⁵⁰ Il faut en effet distinguer la subsidiarité du pourvoi proclamée par le droit cantonal relativement aux moyens fédéraux et sa subsidiarité, en tant que moyen extraordinaire, relativement à certains moyens fédéraux et en vertu du droit fédéral.

La règle de subsidiarité cantonale permet à la juridiction cantonale de rendre une décision d'irrecevabilité pour le motif qu'un recours au Tribunal fédéral est possible. Cet arrêt d'irrecevabilité cantonal ne pourrait être fondé sur la règle fédérale de subsidiarité, qui n'a pas pour objet la recevabilité des voies de recours cantonales (tâche que seule le droit cantonal assume) mais la seule recevabilité des moyens fédéraux. La seule règle de subsidiarité fédérale n'empêcherait pas une partie de choisir entre le moyen cantonal et le moyen fédéral. Ce choix est rendu impossible par la règle cantonale de subsidiarité. La règle fédérale de subsidiarité (par exemple, que le recours en réforme au Tribunal fédéral est recevable dès l'épuisement des moyens ordinaires cantonaux, ATF 56 II 371) réalise la coordination rationnelle de l'organisation judiciaire fédérale et de l'organisation judiciaire cantonale. La règle cantonale de subsidiarité effectue une coordination secondaire des moyens cantonaux aux moyens fédéraux, en fonction de la coordination primaire faite par le droit fédéral.

³⁵¹ R.J.N. I 166.

A contrario, les jugements incidentels rendus en cours d'instruction par le président du tribunal de district ne sont pas susceptibles d'appel, mais de pourvoi en cassation. Si l'introduction d'une demande en divorce est déclarée irrecevable pour un motif quelconque, le jugement d'irrecevabilité n'est pas sujet à appel mais à pourvoi en cassation, à moins qu'il ne soit directement susceptible d'un recours en nullité au Tribunal fédéral ^{351 bis}.

*

La requête civile concourant avec le pourvoi est prioritaire en droit français ³⁵².

Le code de procédure civile zurichois ne règle pas le concours de la demande en revision et du recours en cassation. M. Guldener admet que les parties ont le choix, qu'elles peuvent introduire le pourvoi ou la demande de revision, voire l'un et l'autre simultanément ³⁵³.

Le droit neuchâtelois ne tranche pas la question. Les ouvertures neuchâteloises à cassation et à revision sont absolument distinctes. Il n'en est pas de même en droit français ni en droit zurichois où pourvoi et requête civile ont des ouvertures communes. En droit neuchâtelois, un même vice n'ouvre jamais simultanément le pourvoi et la demande en revision. Le seul conflit possible est le concours imparfait : les deux recours sont simultanément ouverts contre un même jugement, pour des motifs différents. On ne peut donc parler de la subsidiarité du pourvoi par rapport à la demande de revision. La recevabilité de l'un ne constitue pas un obstacle à la recevabilité de l'autre, puisqu'ils ne font pas double emploi.

Le pourvoi et la demande en revision seront introduits simultanément. Les plaideurs provoqueront une entente entre les deux juridictions saisies de sorte qu'une des procédures de recours soit suspendue (avec ou sans suspension de l'exécution de la décision attaquée). Il sera en général préférable que la Cour de cassation statue la première. Les faits nouveaux qui fondent la demande en revision pourront à coup sûr être produits devant le juge de renvoi, si le pourvoi est fondé, alors que l'erreur *in judicando* ou *in procedendo* constituant motif de cassation ne sera pas toujours réparée par le juge qui aura accueilli la demande de revision.

Malgré leur domaine distinct, chacune de ces voies de recours accomplit parfois la fonction de l'autre, incidemment. La cassation d'un jugement,

^{351 bis} Les domaines de l'appel et de la cassation se trouvent ainsi plus justement et plus simplement délimités, nous semble-t-il, qu'ils ne le sont dans les jugements du Tribunal cantonal des 3 octobre 1929 et 2 juin 1947 (TC VIII 297 ss, 554), et dans l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1940 (CCC VI 113).

³⁵² Japiot, 717, note 3 : « On admet également que le pourvoi n'est pas ouvert quand la requête civile est possible. »

³⁵³ Guldener, th., § 15 A VII.

rendu par ailleurs sur pièces fausses (motif de revision seulement), conduira l'affaire devant un juge de renvoi qui statuera en connaissance des véritables faits. La rescision du jugement, consécutive à la demande en revision, permettra aussi de redresser l'erreur de droit ou l'erreur de procédure constitutive de moyen de cassation. Mais ce chevauchement de fonctions est accidentel. Il suppose le bien-fondé du recours.

La partie qui demande la revision du jugement, dans l'espoir d'obtenir, en même temps et indirectement, la rétractation d'une erreur constituant ouverture à cassation, perdra ce moyen si le juge de la revision rejette la demande. Il sera trop tard alors pour se pourvoir; le délai du recours en cassation sera expiré. Le jugement rejetant la demande de revision pourra faire l'objet d'un pourvoi, mais sur la base de ses vices propres, au nombre desquels ne figure pas l'erreur *in procedendo* ou *in judicando* qui affecte le jugement dont la revision a été sollicitée en vain.

L'introduction du pourvoi seul, dans l'espoir d'invoquer des faits nouveaux devant le juge de renvoi et d'éviter ainsi la procédure de revision, n'est pas aussi périlleuse. L'arrêt d'irrecevabilité ou de mal-fondé de la Cour de cassation sera rendu avant l'expiration du délai pour demander la revision.

En cas de concours, le plaideur peut donc se contenter d'introduire le pourvoi tout d'abord. Il sollicitera la revision plus tard, si le pourvoi n'a pas été accueilli ou s'il s'avère que la Cour ne statuera pas avant l'expiration du délai pour demander la revision.

En pratique le concours de la demande en revision et du pourvoi ne se produit jamais. Les causes de revision parviennent à la connaissance de l'intéressé bien après l'expiration du délai de dix jours pour se pourvoir. D'autre part, même parvenu immédiatement à jour, le moyen de revision n'est pas apte, en général, à fonder tout de suite la requête; il suppose un jugement pénal.

*

La coordination du pourvoi en cassation et de la demande en interprétation est simple, théoriquement. Elle soulève pratiquement d'assez grandes difficultés.

Le jugement susceptible à la fois d'une demande d'interprétation et d'un pourvoi en cassation constitue un concours imparfait de recours. Un motif d'interprétation n'est jamais un moyen de cassation³⁵⁴. Le droit d'interpréter l'acte appartient en effet au tribunal qui l'a rendu exclusivement³⁵⁵. Un motif de cassation ne justifie pas une interprétation puisque le jugement interprétatif doit respecter l'autorité de la chose jugée du jugement

³⁵⁴ CCC VI 136; RJN I 300.

³⁵⁵ Viziox, 260.

interprété. Un seul et même vice ne peut donc, théoriquement, avoir pour remède les deux recours.

Pratiquement, la distinction entre l'obscurité justifiant l'interprétation et l'erreur de droit ou l'insuffisance de motifs fondant le pourvoi, est bien subtile. C'est une question de nuance. En cas de doute, le jugement fera simultanément l'objet d'un pourvoi et d'une demande en interprétation. La requête en interprétation pourra, selon les cas, attendre le résultat du pourvoi.

Le jugement interprété n'est pas susceptible de pourvoi en cassation par l'intermédiaire du jugement interprétatif. Celui-ci est attaquant pour ses vices propres exclusivement, en particulier pour avoir dépassé les limites autorisées de l'interprétation. On motive cette solution en disant que le jugement interprétatif fait corps avec le jugement interprété. « Les décisions interprétatives de jugements ou arrêts antérieurs échappent au contrôle de la Cour de cassation, quand il n'est relevé contre elles aucun grief de violation de la chose jugée par les arrêts ou les jugements antérieurs. Par suite, un pourvoi n'est pas recevable quand les critiques du moyen sont dirigées exclusivement contre les dispositions de fond contenues dans l'arrêt interprété, tel qu'éclairé par l'arrêt interprétatif qui s'incorpore à lui »³⁵⁶.

La règle est parfaitement équitable lorsque l'obscurité sujette à interprétation et le vice ouvrant le pourvoi sont indépendants. Il est juste alors que les parties soient déchues du droit d'invoquer, contre le jugement interprétatif, un moyen tiré du jugement interprété dont elles ne se sont pas prévaluës à temps. La demande d'interprétation constituerait, sans cela, une manière d'allonger le délai du pourvoi contre le jugement interprété. Mais il arrive que le motif de cassation soit caché par l'obscurité susceptible d'interprétation. Il faut alors admettre la possibilité de critiquer, pour ce motif, le jugement interprété, dans le pourvoi dirigé contre le jugement interprétatif. On ne peut plus arguer dans cette hypothèse que le jugement interprétatif fait corps avec le jugement interprété. Or, c'est dans les limites de la validité de cette explication seulement que la critique du jugement interprété dans le pourvoi contre le jugement interprétatif doit être déclarée tardive.

*

Le concours imparfait de la demande de rectification du jugement et du pourvoi se résout comme le conflit précédent dans l'idée que le jugement rectificatif fait corps avec le jugement rectifié.

Une exception à la règle paraît ici inconcevable. Si l'interprétation révèle le sens exact d'un texte obscur, la rectification adapte à un sens indubitable la lettre fautive du texte d'un jugement (erreur de plume, de désignation

³⁵⁶ DH 1940 25; Hébraud, *De l'appel des jugements interprétatifs*.

parce qu'une partie a changé de nom..., erreur de calcul). La Cour de cassation neuchâteloise déclare à juste titre que la décision rectificative ne fait pas courir un nouveau délai contre le jugement rectifié ³⁵⁷.

Lorsque la motivation du jugement consiste en une démonstration mathématique viciée, il n'y a pas simplement erreur de calcul susceptible de rectification, mais vice de raisonnement. Le jugement qui motive la validité de la décision d'une assemblée générale par le respect des majorités nécessaires, mais dont les calculs sont faux, est susceptible de pourvoi et non de demande de rectification. Celle-ci permettrait de corriger l'erreur de calcul proprement dite, mais non son incidence sur le dispositif.

*

Le pourvoi peut encore concourir avec quelques autres moyens auxquels il cède le pas.

Les décisions du tribunal de district rendues en matière de poursuite pour dettes et de faillite, et qui sont susceptibles d'un recours au Tribunal cantonal, ne peuvent être attaquées par le moyen du pourvoi en cassation (art. 174 et 175 LP par exemple) ³⁵⁸.

Le pourvoi en cassation est irrecevable s'il existe contre la décision une voie d'opposition ³⁵⁹.

Le recours en cassation est recevable contre les sentences arbitrales de dernière instance seulement ³⁶⁰. Le compromis permet de savoir si la sentence est de dernier ressort ou si elle est encore susceptible d'appel à une juridiction arbitrale supérieure.

Selon l'article 140 CPCN, en revanche, le relief cède le pas au pourvoi en cassation.

§ 3. COORDINATION DU POURVOI EN CASSATION ET DES MOYENS DE DROIT FÉDÉRAL.

En vertu des articles 16 et 37 de la loi d'organisation judiciaire cantonale, le recours en cassation est irrecevable contre les jugements du tribunal de district qui sont susceptibles d'un recours en réforme devant le Tribunal fédéral ³⁶¹. La Cour de cassation tranche la recevabilité du pourvoi en fonction de la recevabilité du recours en réforme qu'elle détermine selon le droit fédéral.

³⁵⁷ CCG VI 201; CCG du 31 janvier 1911 (Stoll/Grellinger).

³⁵⁸ CCG V 482; VI 237; RJN II 175.

³⁵⁹ CCG V 468, 494.

³⁶⁰ CCG VI 214.

³⁶¹ CCG VI 79.

Le recours en réforme est un moyen ordinaire recevable contre les décisions cantonales qui ne sont plus susceptibles d'un moyen ordinaire de droit cantonal ³⁶². Le pourvoi est une voie extraordinaire. Ainsi, le droit fédéral et le droit cantonal s'articulent parfaitement. L'introduction d'un pourvoi ne prolonge pas le délai de recours en réforme; il en suspend par contre la procédure ³⁶³.

La recevabilité du recours en réforme n'est pas entièrement déterminée par le droit fédéral. Elle dépend pour une part de circonstances que le Tribunal fédéral apprécie ³⁶⁴. Cette circonstance crée des difficultés. La Cour de cassation peut être dans l'impossibilité de savoir si le recours en réforme est recevable ou non. Applique-t-on encore la règle de la loi d'organisation judiciaire fédérale selon laquelle la Cour cantonale statue la première, lorsque le jugement est l'objet d'un recours en réforme dont la recevabilité ne dépend pas seulement de la loi mais encore de l'appréciation du Tribunal fédéral? Une dérogation serait opportune. Elle constituerait pourtant une atteinte au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Une clause cantonale de subsidiarité paralyserait l'application de l'article 57 OJF.

Dans un cas d'espèce, le Tribunal fédéral s'est montré strict. «Lorsque la décision cantonale incidente, portée au Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme, est en même temps l'objet d'un recours en nullité soumis à une autorité cantonale, le Tribunal fédéral doit surseoir à juger tant que cette autorité n'a pas statué; il ne peut passer outre et examiner immédiatement la recevabilité du recours en réforme pour permettre à l'autorité cantonale de déclarer le pourvoi irrecevable en vertu d'une disposition de procédure. — Est excepté le cas où le recours en réforme se révèle d'emblée irrecevable ou mal fondé sans qu'il soit nécessaire d'examiner les pièces du dossier resté en mains de l'autorité cantonale » ³⁶⁵.

Quid, lorsque le jugement incident porté devant la Cour de cassation neuchâteloise n'est pas immédiatement susceptible d'un recours en réforme, mais qu'il sera attaqué par cette voie en même temps que le jugement au fond? Le pourvoi cantonal est-il recevable? La Cour de cassation considérera-t-elle ce jugement incident comme susceptible de recours au Tribunal fédéral au sens des articles 16 et 37 OJN? A notre connaissance, elle n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question.

La notion de jugement susceptible de recours au Tribunal fédéral peut s'entendre restrictivement ou extensivement. Des arguments valables fondent l'une et l'autre solution.

On dira que la recevabilité virtuelle implique une irrecevabilité actuelle, qu'il est plus conforme à l'esprit de la procédure neuchâteloise de juger dans

³⁶² ATF 84 II 463; JT 1959 I 312.

³⁶³ OJF art. 54 al. 2; art. 57.

³⁶⁴ OJF art. 50, par exemple.

³⁶⁵ ATF 83 II 419; JT 1958 I 123.

le présent la recevabilité d'un recours au Tribunal fédéral. La procédure neuchâtelaise admet en effet le pourvoi immédiat contre le jugement incidentel.

On objectera que le droit cantonal veut éviter, en fait, la possibilité de recourir à la fois au Tribunal fédéral et à la Cour de cassation, que cette faculté existe non seulement quand les deux recours sont simultanément recevables (abstraction faite de la clause de subsidiarité), mais aussi lorsqu'ils permettent successivement l'intervention des deux juridictions.

Si la Cour de cassation ne reçoit pas le pourvoi motif pris que le recours au Tribunal fédéral est possible, et si le Tribunal fédéral, à son tour, déclare le moyen fédéral irrecevable, il y a déni de justice par conflit négatif de compétence, qui sera résolu par la voie du recours de droit public. Ce conflit n'existe évidemment que s'il y a divergence d'interprétation entre le Tribunal fédéral et l'autorité cantonale; si le recours en réforme, recevable en principe, est déclaré irrecevable pour vice de forme de l'acte introductif, il n'y a pas conflit négatif de compétence.

Pour éviter les divergences, il nous paraît souhaitable que, dans le doute, la Cour de cassation statue en faveur de la recevabilité du pourvoi. Deux voies de recours valent mieux qu'aucune !

*

Le recours en cassation est aussi irrecevable lorsque le recours en nullité au Tribunal fédéral est ouvert ³⁶⁶.

Dans ce cas, comme dans le précédent, il est entendu que le pourvoi à la Cour de cassation cantonale est irrecevable seulement en cas de concours parfait, et dans la mesure seulement de ce concours parfait. En cas de concours imparfait, il est nécessaire d'interjeter les deux recours. Si un jugement, susceptible d'un recours au Tribunal fédéral et de pourvoi devant la Cour cantonale, est vicié d'une erreur *in procedendo* de droit cantonal et d'une erreur *in judicando* de droit fédéral, le pourvoi en cassation remédiera à l'erreur *in procedendo*, le recours au Tribunal fédéral, à l'erreur *in judicando* ³⁶⁷.

*

A première vue, on devrait trancher le concours du pourvoi et du recours de droit public au Tribunal fédéral de façon analogue. Les articles 16 et 37 OJN ne réservent pas d'exception; ils parlent d'une manière générale de jugements « susceptibles de recours au Tribunal fédéral ».

³⁶⁶ RJN 1 58, 113.

³⁶⁷ CCC VI 82.

Mais le recours de droit public est recevable, en principe, seulement contre les décisions qui ont épuisé les moyens ordinaires et extraordinaires de droit cantonal³⁶⁸. La règle fédérale de subsidiarité du recours de droit public prime la règle cantonale. Le recours de droit public est subsidiaire par rapport au pourvoi en cassation.

Dans les cas où le recours de droit public est utilisable avant l'épuisement des instances cantonales, la Cour de cassation neuchâteloise ne peut pas déclarer le pourvoi irrecevable, car les parties ont toujours le droit, en vertu du droit fédéral, d'épuiser les moyens cantonaux avant d'avoir recours à la juridiction de droit public du Tribunal fédéral³⁶⁹.

Une jurisprudence récente³⁷⁰ précise la manière d'utiliser le recours de droit public contre l'entité complexe que constitue le jugement du juge inférieur et l'arrêt rendu sur moyen extraordinaire.

Les vices propres de l'arrêt cantonal sont naturellement recevables aux conditions habituelles du recours de droit public.

Les moyens tirés du jugement, qui étaient recevables devant la dernière juridiction cantonale, mais qui n'ont pas été invoqués devant celle-ci, ne peuvent être soulevés devant le Tribunal fédéral au moyen du recours de droit public. La règle est absolument logique puisqu'une décision cantonale qui n'a pas fait l'objet des recours cantonaux dont elle était susceptible, n'est pas recevable devant le Tribunal fédéral par la voie d'un recours qui suppose l'épuisement de ces moyens cantonaux.

L'erreur ou l'irrégularité affectant le jugement, invoquée par le moyen extraordinaire devant la dernière juridiction cantonale, peut être critiquée devant le Tribunal fédéral au moyen du recours de droit public et selon ses conditions habituelles. Le recours de droit public doit être dirigé en premier lieu contre l'arrêt cantonal. Il permet alors de critiquer aussi la décision du juge inférieur. Si celle-ci seule est attaquée, le recours de droit public sera déclaré irrecevable.

La jurisprudence fédérale ne paraît pas encore absolument fixée sur le statut procédural, en droit fédéral, des irrégularités constitutives d'ouverture à recours de droit public mais qui ne pouvaient pas être invoquées dans le recours extraordinaire cantonal. L'arrêt Heim³⁷¹ est catégorique : « ... si le moyen qu'on entend faire valoir dans le recours de droit public ne peut être invoqué dans le pourvoi cantonal extraordinaire, le recours de droit public doit être dirigé immédiatement contre le jugement au fond, alors même que sur d'autres points la voie cantonale extraordinaire est ouverte à l'intéressé. » L'arrêt Dinten l'est un peu moins : « Le recours de Dinten est dirigé contre le seul arrêt au fond du Tribunal supérieur. D'après ce qui

³⁶⁸ Guldener, th., 154; ATF 72 I 95; JT 1946 I 441. ATF 81 I 147; JT 1956 I 152. ATF 84 II 463; JT 1959 I 312. ATF 84 I 232; JT 1959 I 313. Birchmeier, 346, 347, 353.

³⁶⁹ OJF art. 86 al. 3.

³⁷⁰ ATF 81 I 147; JT 1956 I 153. ATF 84 I 232; JT 1959 I 313.

³⁷¹ ATF 81 I 147; JT 1956 I 153.

vient d'être dit, il ne serait recevable que si les moyens avancés contre cet arrêt dans le recours de droit public n'auraient (sic) pu être invoqués dans le pourvoi en nullité interjeté devant la Cour cantonale de cassation... »³⁷².

*

L'hypothèse d'un concours entre le pourvoi en cassation et le recours de droit administratif au Tribunal fédéral se réalise rarement. Elle n'est pas inconcevable pourtant.

La notion de décision de dernière instance, de l'article 102 OJF, s'entend des jugements cantonaux qui ont épuisé les moyens ordinaires seulement³⁷³. L'article 37 OJN s'applique donc. La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral rend irrecevable le pourvoi en cassation dans la mesure où le concours est parfait.

*

Le recours de droit administratif au Conseil fédéral exige l'épuisement des moyens ordinaires et extraordinaires de droit cantonal³⁷⁴. Ce concours est d'ailleurs problématique.

³⁷² ATF 84 I 232; JT 1959 I 313.

³⁷³ Birchmeier, 431 1 c.

³⁷⁴ Birchmeier, 482.

Titre IV

LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DU POURVOI EN CASSATION

— Mais le Tribunal ne trouvera-t-il pas cela très invraisemblable ?

— Il ne le trouvera pas invraisemblable puisque votre héros est un littérateur, dit le premier, qui connaissait bien son monde.

(Henry de Montherlant, *Le Démon du Bien.*)

Chapitre premier

GÉNÉRALITÉS

§ 1. LE DROIT DE RECOURS.

Les voies de recours sont des actions spéciales. L'étude de leurs conditions de recevabilité en témoigne de façon éloquente. Sans doute, ni les conditions de recevabilité des voies de recours, ni celles des actions ne peuvent être établies une fois pour toutes et sans considération du droit déduit en justice. Mais les mêmes exigences générales se retrouvent en matière d'action et en matière de recours. Il faut qualité et intérêt pour recourir comme pour agir. Les voies de recours profitent ainsi des recherches accomplies par la doctrine dans le domaine de la recevabilité des actions.

La doctrine classique considérait l'action comme la mise en mouvement d'un droit subjectif, le droit subjectif à l'état dynamique. La doctrine moderne sépare ces deux notions en démontrant leur autonomie¹. Il existe, en effet, des droits démunis d'action et des actions non fondées sur un droit subjectif. Parallèlement à cette distinction, la doctrine moderne dégage les notions de demande et d'instance.

¹ Cf. pourtant la thèse de M. Cl. Bonnard, *La classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*, Lausanne, 1948, pp. 35, 39.

L'action est le droit de saisir le tribunal d'une prétention à une prestation ou à la reconnaissance d'un droit.

La demande est l'exercice du droit d'action. Celui-ci lui préexiste.

L'instance est le rapport juridique créé par la déduction d'un droit en justice.

*

Dans cette perspective, la recevabilité ne constitue qu'un des obstacles à surmonter pour triompher.

La première condition de la mise en branle de la machine judiciaire est l'émission d'un acte écrit. S'il ne satisfait pas aux exigences formelles élémentaires, il n'engendre aucune obligation fonctionnelle, l'autorité peut s'abstenir de répondre la requête. Lorsqu'une partie déclare par lettre à l'adresse de la Cour de cassation, ou oralement devant elle, son intention de s'opposer au jugement qui lui fait grief, son intention de recourir, sans autres explications, la Cour de cassation n'est pas juridiquement obligée de prêter attention à cet acte informel. Si elle y répond, c'est en vertu des règles de la courtoisie, et non en vertu d'une obligation procédurale.

Pour engendrer une obligation fonctionnelle de réponse, la demande doit satisfaire aux conditions de validité de l'instance. A défaut, le tribunal refusera de se mettre en activité, sans pourtant commettre un déni de justice. La demande émane-t-elle d'un groupement privé de la personnalité juridique ou de la capacité d'ester en justice, d'un incapable, qui n'a pas l'exercice des droits civils, le tribunal peut s'abstenir de tout acte tant que ces défauts n'ont pas été corrigés. L'acte qui satisfait aux conditions de validité de l'instance crée un lien juridique entre les parties d'une part, entre les justiciables et le tribunal d'autre part. Celui-ci est alors obligé de donner une réponse à la demande ou de se mettre en mesure d'en donner une. Le libre accès aux tribunaux est soumis à certaines conditions, égales pour tous.

Le plaideur n'est point encore au bout de ses peines. S'il satisfait aux conditions de validité de l'instance mais est dépourvu du droit d'action, il sera déclaré irrecevable. L'irrecevabilité est la sanction spécifique de l'absence du droit d'action.

Le droit d'action existe-t-il, est-il exercé au moyen d'un acte introductif d'instance régulier, le tribunal est alors dans l'obligation de statuer au fond, de dire si le droit déduit en justice existe ou n'existe pas.

En bref, la procédure construit un système de trois sanctions : silence ou refus d'agir lorsque le rapport d'instance n'est pas régulier; irrecevabilité lorsque le demandeur et le défendeur n'ont pas respectivement la titularité active et la titularité passive du droit d'action; mal-fondé lorsque le droit déduit en justice n'existe pas.

La distinction de ces trois notions, droit déduit en justice, droit d'action, conditions de validité de l'instance, est flottante. Pourtant, la doctrine les dégage directement du droit positif. Le droit fédéral et le droit neuchâtelois notamment les consacrent.

Selon l'article 34 GPCN : « Le juge fixe un délai pendant lequel la partie doit satisfaire aux conditions requises pour suivre à l'instance. A défaut par la partie de s'exécuter dans le délai, les actes qu'elle a accomplis sont tenus pour non venus... » La disposition concerne les conditions de validité de l'instance et non les conditions d'existence du droit d'action. La capacité, qui fait l'objet de l'article 33 GPCN et dont l'article 34 est la suite, est considérée par la doctrine² comme une condition de validité de l'instance. L'application de l'article 34 GPCN aux conditions de recevabilité *stricto sensu* serait absurde d'ailleurs. L'irrégularité du rapport d'instance seule est réparable. Le droit d'action, au contraire, existe où n'existe pas; le plaideur peut l'abolir en y renonçant, mais il ne peut le créer quand il n'existe pas. Or l'article 34 GPCN suppose une possibilité de régularisation; il n'accorde un délai qu'à cette fin. Ce délai est utile si l'incapable a introduit une action sans l'assistance de son représentant légal ou sans les autorisations nécessaires; il permettra d'obtenir une ratification qui régularisera l'acte. A quoi servirait-il lorsque la partie n'a pas le droit d'action parce qu'elle a saisi un tribunal incompétent ou parce qu'elle est sans intérêt à agir? La partie ne peut remédier à ces vices. Elle ne peut, malgré toute son attention et sa persévérance, augmenter le domaine de compétence d'un tribunal ni se créer un intérêt là où elle n'en a pas.

L'article 55 al. 2 OJF sous-entend la notion de condition de validité de l'instance, opposée à celle d'existence de l'action. Les informalités de l'acte de recours en réforme ou en nullité n'affectent pas le droit d'action du recourant, mais la validité de l'instance de recours. Les formalités dont le Tribunal fédéral peut exiger la correction se rapportent aux conditions de validité de l'instance seulement. Si la décision attaquée est de celles qui sont insusceptibles de recours devant le Tribunal fédéral (conditions caractéristiques de recevabilité *stricto sensu*) le droit de recours n'existe pas et l'irrecevabilité immédiate est la seule sanction. Le recourant ne peut modifier les conditions objectives de recevabilité du recours, alors qu'il peut corriger les irrégularités du rapport juridique d'instance dont il est responsable.

La distinction de l'action et des conditions de validité de l'instance existe donc en droit positif. Elle présente l'inestimable avantage de permettre la diversification des sanctions de la procédure. S'il est possible de régulariser une instance mal introduite, on peut espérer que le droit positif accorde, si l'équité le requiert, la faculté de corriger les irrégularités du rapport juridique d'instance. On ne peut en revanche « régulariser » un droit de recours; il ne dépend pas d'un acte de procédure; il existe sur le plan du droit objectif pur, comme le droit d'action.

Néanmoins, ces trois notions fondamentales s'interpénètrent. Leur distinction s'avère extrêmement délicate.

² Vizios, 203. TC VIII 254.

L'irrecevabilité n'est pas uniquement la sanction de l'absence du droit d'action ou du droit de recours³. Les irrégularités qui affectent l'instance aboutissent souvent aussi à une déclaration d'irrecevabilité parce que le silence est une sanction très inadéquate et que le refus d'agir du tribunal se manifeste sous la forme d'une décision parente du jugement d'irrecevabilité.

Les conditions de recevabilité attirent à elles non seulement la plupart des conditions de validité de l'instance, mais encore certaines conditions de bien-fondé. L'irrecevabilité et le mal-fondé ne sont pas des sanctions aussi distinctes qu'elles le paraissent au premier abord. Si le mal-fondé de la prétention saute aux yeux, il arrive que le tribunal rejette la demande sans examiner si elle satisfait aux conditions de validité ou de recevabilité; l'ordre normal de l'examen est inversé. D'autre part, l'irrecevabilité pour défaut de qualité⁴ s'analyse en une déclaration anticipée de mal-fondé, bien que la qualité soit une condition de recevabilité *stricto sensu*. Il est inutile d'examiner si la prétention déduite en justice est fondée, lorsqu'elle émane d'une personne qui, de toute façon, n'en est pas titulaire. La recevabilité, de ce point de vue, ne se distingue pas, par ses caractères juridiques, du bien-fondé de la prétention déduite en justice. La différence qui sépare l'examen de la recevabilité et l'examen du bien-fondé réside plutôt dans des considérations d'opportunité : on examine en premier lieu les questions dont la résolution permettra éventuellement de ne pas trancher les autres. M. Giverdon a mis l'accent sur la parenté des deux notions. L'examen de la recevabilité constitue, à certains égards du moins, un premier examen du bien-fondé de la prétention⁵.

Ces trois notions et leur sanction spécifique, dégagées de l'observation attentive de la procédure devant le premier juge, se retrouvent dans le procès de recours, en particulier dans la procédure du pourvoi en cassation. L'article 55 al. 2 OJF concerne, rappelons-le, les recours en réforme et en nullité au Tribunal fédéral.

Au droit déduit en justice par l'action (prétention) correspond, en matière de pourvoi en cassation, le droit prétendu à obtenir l'annulation du jugement.

Le droit de se pourvoir est une modalité du droit d'action.

Le pourvoi, enfin, crée aussi un rapport juridique d'instance aux conditions de recevabilité duquel il doit satisfaire comme toute demande introductive d'instance.

³ Au sens strict, l'irrecevabilité sanctionne l'absence d'une des conditions d'existence du droit d'action, ou du droit de recours. Au sens large, elle « tend à embrasser tous les moyens qui s'opposent à ce que le juge examine le mérite d'une prétention et règle le fond du litige » (Vizioz, 221).

⁴ La qualité est « ... le titre juridique qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige », selon M. Giverdon (85, 86).

⁵ Giverdon, 86 : « Ces deux opérations logiquement distinctes sont, en fait, confondues parce que la qualité, élément d'appréciation de la recevabilité, suppose déjà l'examen du fond ».

Cependant, en matière de recours plus encore qu'en matière d'action, on discerne avec peine ces trois notions. L'interdépendance particulièrement étroite du droit d'annulation, du droit de recours et du droit d'accès à la juridiction de recours, provient du caractère éphémère de la sanction des irrégularités et du mal-jugé de l'acte juridictionnel. Le droit d'action peut faire naufrage ou ne pas arriver à bon port sans que le droit subjectif en souffre dans son essence; il pourra être déduit à nouveau en justice ou, à tout le moins, être invoqué par la voie imprescriptible de l'exception. Le sort du droit d'annulation, au contraire, est inexorablement lié à celui du droit de recours et à celui de l'acte de recours. Il ne pourra être question d'introduire un nouvel acte de recours si le premier a échoué pour vice de forme; le délai pour se pourvoir est expiré. L'acte de recours emporte dans sa chute le droit de recours et le droit d'annulation; aucune exception imprescriptible ne subsiste à ce déluge. 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 durant 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 prétention et à l'irrévocabilité du jugement attaqué.

Il ne faut pas cependant renoncer à distinguer strictement les notions fondamentales de conditions de validité de l'instance, de conditions d'existence du droit de recours et de conditions d'existence du droit déduit en justice.

Dès qu'un jugement est rendu, et durant le délai pour l'attaquer, le droit de recours existe ou n'existe pas, de par la loi dont les parties ne peuvent fléchir la volonté; le droit de recours existe indépendamment de l'attitude des parties, sous réserve de renonciation de leur part. Pour tout jugement, il est ainsi possible de dire si un droit de recours existe ou a existé. Le droit de recours forme donc une entité absolument autonome.

Il en est de même du droit d'annulation. Il peut être examiné *in abstracto*. Il existe indépendamment de la volonté des parties. Sa non-invoque ne l'empêche pas d'exister ou d'avoir existé.

Les droits de cassation et de recours dépendent d'actes qui ne sont pas des éléments constitutifs de leur existence. Une rédaction défectueuse de l'acte de recours fait périr les droits de cassation et de recours existants. Mais ces accidents, n'étant ni des conditions de recevabilité au sens strict, ni des conditions de bien-fondé, les systèmes souples de procédure permettent de les réparer sans préjudice pour les droits d'annulation et de recours.

*

Ce titre aura pour objet les seules conditions véritables de recevabilité. Dans son entier, il aurait pu s'intituler le droit de recours.

La loi n'accorde pas un droit de recours contre toutes décisions. Elle choisit les actes attaquables. Elle institue des conditions objectives de rece-

vabilité, relatives à l'auteur de l'acte (quels tribunaux sont soumis à la Cour de cassation ?), à sa nature procédurale (les décisions incidentes sont-elles attaquables pour elles-mêmes ou seulement en même temps que le jugement au fond ?) et à sa nature matérielle (quels actes judiciaires sont susceptibles de pourvoi ?)

La loi peut encore établir d'autres conditions objectives, relatives à la valeur litigieuse, à la nature juridique de l'affaire par exemple.

La loi ne garantit pas non plus un droit de recours à n'importe qui. Elle circonscrit la faculté de se pourvoir par des conditions subjectives de recevabilité. Le droit de recours est aujourd'hui une action attitrée⁶. Il compete à certaines personnes seulement, en relation étroite avec le litige. Déterminer ces personnes c'est rechercher la qualité pour recourir.

A la condition de qualité s'ajoute une condition d'intérêt. On a prétendu que l'intérêt n'était pas une condition subjective autonome de recevabilité; il ne se distinguerait pas de la qualité. Cela paraît inexact pourtant⁷. Une personne peut avoir qualité mais n'avoir aucun intérêt à recourir : le gagnant. Inversement, l'intérêt n'implique pas la qualité : une veuve pourrait avoir intérêt à demander le divorce, mais elle n'a plus qualité⁸.

Enfin, le droit de recours prend naissance, vit et meurt. Sa mort anticipée est provoquée par les parties qui renoncent au droit de recourir ou acquiescent au jugement; sa mort naturelle, par l'écoulement du temps. Ce sont les causes de déchéance du droit de recours.

A chacun de ces trois groupes de conditions sera consacré un chapitre de ce titre.

§ 2. LES RAPPORTS D'INSTANCE.

Le procès met aux prises des parties sur des droits litigieux en des rapports, simples sans doute, mais qui ne se réduisent pas tous à la relation fondamentale : A, demandeur, prétend une créance contre B, défendeur.

Les procès de ce type le plus simple présentent deux caractéristiques : ils opposent deux parties principales seulement, sur un objet litigieux unique. Il y a unité de parties et unité d'objet litigieux.

En pratique, les procès de cette espèce sont assez rares. Une relation juridique quelconque qui oppose deux sujets de droit, a presque toujours

⁶ Gornu et Foyer, 287.

⁷ Vizior, 146 : « Mais la qualité pour agir se confond-elle toujours avec le simple intérêt et ne se rencontre-t-il pas des cas où la loi ne permet pas d'agir à tous ceux qui y auraient intérêt ? »

⁸ Giverdon, 85.

une incidence dans la sphère juridique ou patrimoniale de tiers. Ceux-ci prennent part au procès parfois. Ils créent ainsi des relations procédurales complexes mais réductibles en un certain nombre de schèmes.

*

L'unité de parties n'est pas touchée par la présence de consorts nécessaires⁹, à titre de défendeurs, de demandeurs, ou de défendeurs et de demandeurs à la fois. Bien que les consorts nécessaires forment chacun une entité juridique, aux fins du procès ils ne constituent cette entité qu'ensemble. Il y a pluralité d'individus mais une seule partie. La notion de partie ne coïncide pas avec la notion biologique ou psychologique d'être vivant, individu ou groupement. Comme la personnalité juridique dont elle constitue un élément, la qualité de partie est un masque que revêt telle entité biologique ou sociale et qui lui donne une consistance juridique. Les consorts constituent une sorte de personnalité juridique (par opposition à la personnalité physique), de personnalité morale rudimentaire.

Ne touchant pas à l'unité de parties, cette pluralité d'individus ne touche point à l'unité d'objet litigieux, à moins que plusieurs groupes de consorts nécessaires se joignent en consorts volontaires pour introduire ou défendre plusieurs actions unies par des rapports de fait par exemple. Mais alors le schème n'est plus le même.

Deux figures élémentaires distinctes se développent sur le thème : pluralité de parties et unité d'objet litigieux. Les parties qui viennent rompre l'unité subjective peuvent être dépendantes ou indépendantes des autres.

A et B se disputent la propriété d'un objet. Un tiers C prétend à son tour que l'objet litigieux n'appartient ni à A ni à B, mais à lui C.

Ce tiers peut aussi venir simplement secourir l'une ou l'autre des parties, au triomphe de laquelle il a intérêt.

Dans le premier cas, le tiers intervient à titre principal, dans le second, à titre accessoire. Dans le premier il est une nouvelle partie. Dans le second il ne prétend rien personnellement (sinon il y aurait pluralité d'objets litigieux) mais se contente d'aider un des adversaires originaires.

Le rapport d'instance représente la figure inverse, unité de parties et pluralité d'objets litigieux, si un demandeur et un défendeur organisent en un seul procès des prétentions multiples unies par des liens d'intimité variés.

Enfin, et ce sont les figures les plus fréquemment réalisées, le procès se compose d'une pluralité de parties et d'une pluralité d'objets litigieux.

Le schème le plus simple de ce genre est formé par les consorts volontaires. Il s'analyse en une multiplication du rapport fondamental : A, demandeur, prétend une créance contre B, défendeur; X cause à B, C et D des

⁹ Commentaire zurichois, Egger, sous art. 253, 3, p. 11.

dommages différents par un même fait dont il répond; B, C et D actionnent X dans un même procès et invoquent des prétentions parallèles mais autonomes.

Il arrive aussi que les parties ou les objets litigieux soient dépendants les uns à l'égard des autres. Le créancier poursuit le débiteur principal et la caution. Celle-ci prétend que la créance principale n'existe pas. Si le moyen est déclaré fondé, débiteur et caution en profitent; la caution, à cause du caractère accessoire de son engagement. Si le moyen n'est pas retenu, le débiteur est engagé mais la caution peut encore discuter sa propre obligation. Triomphe-t-elle, le débiteur n'est pas libéré pour autant, mais le créancier ne peut se retourner contre la caution.

*

Ces figures élémentaires sont utiles à la compréhension de certains problèmes posés par la recevabilité du recours.

La qualité de partie au procès, aux fins de la détermination de la qualité pour recourir, est une notion relative. Le jugement au fond, pour prendre un exemple simple, clôt un ensemble complexe de relations. Il est fort concevable qu'un des litigants ait qualité pour recourir relativement à un chef du jugement mais en soit dépourvu relativement à un autre.

La qualité de partie au procès n'autorise pas à recourir contre n'importe quoi ni contre n'importe qui. Une règle fondamentale se formule ainsi : un plaideur n'est recevable à intimer devant la juridiction de cassation qu'une partie contre laquelle il a conclu devant la juridiction précédente.

A, B et C intentent, à titre de consorts volontaires, trois actions en responsabilité *a*, *b*, *c*, contre D, en raison d'un même complexe de faits. A est débouté, l'action *a* est déclarée mal fondée; A est recevable à intimer D devant la Cour de cassation relativement à son action *a*; il ne peut recourir contre B ou C, ni contre D relativement aux actions *b* ou *c*, de B et C.

L'intérêt à recourir est aussi une notion relative. Le pourvoi d'une partie qui a qualité sera recevable seulement contre les chefs du jugement qui lésent ses intérêts et à l'encontre des parties dont les prétentions judiciairement reconnues s'opposent aux siennes. Les parties intimées à tort peuvent demander leur mise hors cause.

*

Les questions relatives aux conditions subjectives de recevabilité n'en restent pas moins très délicates.

Un demandeur principal n'a pas formellement conclu contre un défendeur secondaire (intervenant ou dénoncé) relativement à la question litigieuse secondaire qui oppose défendeur principal et défendeur secondaire

(un droit de recours, une obligation de garantie); le demandeur principal a pourtant un intérêt manifeste à la solution de la question secondaire en faveur du défendeur principal; la condamnation du défendeur secondaire permettra au défendeur principal, économiquement faible, d'exécuter le dispositif du jugement qui le condamne au profit du demandeur principal. Celui-ci aura-t-il le droit, si le défendeur principal est totalement débouté, de recourir contre la partie du jugement qui règle le rapport juridique du défendeur principal et du défendeur secondaire ?

Les intérêts sont ici liés à l'extrême. Le défendeur principal est partenaire du demandeur relativement au litige qui oppose lui, défendeur principal, au défendeur secondaire (débiteur solidaire, garant qui a pris part au procès comme intervenant ou comme dénoncé), alors que relativement au litige principal, les intérêts du défendeur principal convergent avec ceux du défendeur secondaire.

On est au cœur des difficultés procédurales. Pour agir, il n'est pas nécessaire d'avoir véritablement un droit puisqu'on peut être déclaré recevable mais mal fondé; il suffit d'avoir qualité pour agir, c'est-à-dire d'être dans un certain rapport avec le droit prétendu. A, lésé, a une action contre B, responsable; a-t-il aussi une action contre C, à l'égard de qui B a un droit propre ? A aurait intérêt à conclure contre C, mais n'étant pas titulaire d'un droit à son encontre, il n'a pas qualité pour conclure contre lui tant que B ne lui a pas cédé son droit propre ou que la loi ne lui reconnaît pas un droit direct contre C. Et c'est bien de cette manière que les difficultés théoriques sont pratiquement résolues. Les relations juridiques doivent suivre les relations d'intérêts ¹⁰.

*

Il faut s'en tenir, en matière de recours, au principe qu'un plaideur ne peut intimer une partie contre laquelle il n'a pas conclu. Le jugement, en effet, ne détermine pas le rapport juridique unissant des personnes qui n'ont pas échangé de conclusions. Ce faisant, il statuerait *ultra petita*. Mais il arrive qu'en réglant le rapport juridique des parties qui ont échangé des conclusions, le jugement incide sur leur rapport avec des tiers (parties au procès mais étrangers à l'échange de conclusions ou tiers à l'ensemble de la procédure), comme un contrat, conclu par un sujet de droit, débiteur par ailleurs, n'est pas sans conséquence pour les créanciers bien qu'il ne soit pas à leur égard une source d'obligations.

L'attribution de la qualité pour agir comme pour recourir est le résultat d'un compromis. Elle est reconnue aux intérêts considérés comme les plus importants. La loi, par exemple, accorde qualité pour demander le divorce aux conjoints seulement en dépit de l'intérêt que des tiers auraient à la titularité de cette action, parce que l'intérêt personnel et moral des époux prime

¹⁰ Loi fédérale sur le contrat d'assurance, art. 60. Loi fédérale sur la circulation des automobiles et des cycles, art. 49.

et exclut les autres. Ce compromis se réalise par une pesée d'intérêts. Entrent en considération la valeur objective et économique respective des intérêts en concours, leur valeur subjective, personnelle et morale et, enfin, la probabilité plus ou moins forte que chaque intérêt en concours coopère à la satisfaction des autres par la poursuite de la sienne propre. Le droit objectif doit se modeler sur les faits. La qualité pour déduire un droit en justice doit être reconnue à celui auquel il en coûte vraiment que le droit subjectif soit reconnu ou non judiciairement. Or, comme il n'y a aucune démarcation nette entre l'absence et la présence d'un intérêt à la reconnaissance judiciaire d'un droit subjectif, la loi est bien forcée de faire un choix aussi judicieux que possible parmi les intérêts candidats à la qualité pour agir et pour recourir.

L'action révocatoire de la poursuite pour dettes est un exemple de ce compromis. Les créanciers restent étrangers aux opérations juridiques accomplies par le débiteur qui, malgré cette qualité, conserve le droit d'organiser sa propre vie librement, tant et aussi longtemps qu'il n'abuse de cette prérogative au détriment de ses créanciers.

La qualité accordée par l'article 262 CCS au canton d'origine est un autre exemple de ce compromis.

La commune d'origine dont il est question à l'article 312 CCS est recevable à recourir en cassation lorsqu'elle n'a pas été mise en mesure de faire valoir ses droits, et bien qu'elle n'ait pas été partie à l'instance au fond¹¹.

La qualité pour recourir n'est accordée en principe qu'aux parties parce qu'elles sont titulaires de l'intérêt prépondérant. Mais il ne faut pas défendre ce principe comme un dogme sacro-saint. Il ne vaut que dans la mesure de son fondement.

*

Si l'attribution de la qualité, première condition subjective de recevabilité, s'avère une coordination d'intérêts, l'intérêt, seconde condition subjective de recevabilité ne se distingue pas moins de la qualité.

L'intérêt est abstraitement envisagé dans l'attribution de la qualité. Il est concrètement considéré dans la détermination de la seconde condition de recevabilité, même s'il doit présenter les caractères d'un intérêt qualifié.

La qualité, première condition de recevabilité, hiérarchise, coordonne et discrimine les intérêts en concours. L'intérêt, seconde condition de recevabilité, opère une nouvelle discrimination parmi les personnes qui ont qualité.

Les conditions subjectives du droit de recours, plus généralement du droit d'action, forment un tout décomposé par la technique juridique.

¹¹ Commentaire zurichois, Egger, sous art. 312, 12.

LES CONDITIONS OBJECTIVES DE RECEVABILITÉ

§ 1. LES TRIBUNAUX SOUMIS AU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION.

Le droit positif et la doctrine s'accordent à reconnaître le caractère de juridiction de droit commun à la Cour de cassation, relativement aux tribunaux soumis à sa censure¹². «Le pourvoi en cassation n'est un recours extraordinaire que parce qu'il n'est admis que pour des causes déterminées : il est de droit commun en ce sens qu'aucune juridiction n'échappe à la censure de la Cour suprême, chargée de ramener tous les tribunaux à l'observation des lois et d'assurer l'unité et la fixité de la jurisprudence »¹³. La soumission au contrôle de la Cour de cassation est le principe; l'affranchissement, l'exception. Celle-ci repose sur une disposition légale. Dans le doute, il faut admettre que cette condition de recevabilité est remplie.

Le droit allemand ne participe pas intégralement à cette tendance. La *Revision* est conçue comme un appel partiel, *in jure*. Dans cette perspective elle est évidemment recevable seulement contre les décisions de deuxième instance, et non contre tout jugement rendu en dernier ressort. Cette structure de troisième instance justifie aussi la *Revisionssumme*, incompatible avec la nature du pourvoi en cassation.

*

Le ressort de la Cour de cassation s'arrête, en principe, aux frontières de l'Etat, puisqu'elle est cour suprême.

En droit neuchâtelois, sa juridiction « embrasse tout le canton »¹⁴. Elle ne connaît point des jugements émanant d'autorités extracantonales. Sa

¹² Plassard, 200; Glasson, Tissier et Morel, III, 453; De Maio, 228; Gaetano Azzariti, 97 ss; BGC LXX 61 : « Il est à désirer que le plus grand nombre possible de décisions auxquelles collaborent les magistrats de l'ordre judiciaire reste soumis à la sanction de la Cour de cassation, au point de vue de l'application uniforme de la loi ».

¹³ Garsonnet et Cézard-Bru, VIII, 338.

¹⁴ OJN art. 12.

compétence territoriale s'étend aux décisions des tribunaux neuchâtelois, même lorsque ceux-ci sont territorialement incompétents.

A quoi reconnaître qu'une sentence arbitrale relève de la compétence territoriale de la Cour de cassation neuchâteloise ? Plusieurs réponses sont concevables. La doctrine n'est pas unanime, en particulier sur le choix de la circonstance de rattachement.

Le siège du tribunal arbitral ? Mais il arrive qu'il soit ambulante, occasionnel ; parfois le tribunal arbitral n'a pas de siège ¹⁵.

Le lieu de la procédure et du prononcé de la sentence ? ¹⁶ Il est souvent accidentel, incertain. Comment localiser une opération intellectuelle et juridique ? par le lieu de l'action de procéder et de juger ou par le lieu de l'objet juridique essentiel de la procédure ou du jugement ?

La volonté des parties ? Elle paraît la meilleure circonstance de rattachement. Elle comprend les précédentes d'ailleurs, puisque les parties déterminent librement le siège du tribunal arbitral et le lieu de la procédure. MM. Klein et Aubert ont récemment mis l'accent sur la primauté de cette circonstance de rattachement dans la détermination de la « nationalité » du tribunal arbitral ¹⁷.

S'étonne-t-on qu'une condition de recevabilité dépende de la volonté des parties ? Le phénomène n'est pas insolite. Il se produit chaque fois que les plaideurs dérogent aux règles de compétence territoriale.

Placée au sommet de la pyramide judiciaire, la Cour de cassation ne se heurte pas à des limitations de compétence résultant de la hiérarchie.

La Cour de cassation neuchâteloise occupe une position particulière. Composée du président et de deux des quatre autres membres du Tribunal cantonal ¹⁸, elle n'est pas autorité de recours à l'égard de ce dernier. Il serait illogique de soumettre cinq juges à trois d'entre eux.

La Cour de cassation forme-t-elle une section du Tribunal cantonal ou est-elle, au contraire, une juridiction indépendante ? La question présente réellement peu d'intérêt. Le Tribunal cantonal et la Cour de cassation sont-ils placés sur pied d'égalité ? La réponse habituelle est affirmative. Il est pourtant légitime de considérer que le Tribunal cantonal occupe seul le sommet de la pyramide judiciaire. La Cour de cassation lui est soumise à cause de sa composition et des articles 20 et 26 CPCN, 100 et 104 OJN

¹⁵ Aubert, J.-F., *Revue critique de droit international privé*, 1958, 371, 372.

¹⁶ Perregaux G., *Le recours en cassation contre les jugements arbitraux en procédure civile neuchâteloise*, 113 : « Le for est le lieu où se trouve le siège juridique du tribunal arbitral conformément au compromis (cf. ATF au RO 57 I 295, au JT 1932 440). A défaut de stipulation expresse c'est le district dans lequel le compromis a déployé ses effets et où la procédure arbitrale s'est déroulée (cf. ATF au RO 41 I 273 ; 43 I 46 ; 69 I 81 ; et au JT 1916 122 ; 1918 182 ; 1944 89). »

¹⁷ Klein, *Revue critique de droit international privé*, 1958, 269, 283, 284 ; Aubert, J.-F., *ibid.*, 367.

¹⁸ OJN art. 36.

qui désignent le Tribunal cantonal comme autorité de surveillance de l'ensemble de l'ordre judiciaire. Cette supériorité est de nature interne, administrative.

Le Tribunal cantonal et la Cour de cassation se partagent le contrôle de l'activité des juges inférieurs. En cas de concours, le Tribunal cantonal est prioritaire; le pourvoi est subsidiaire. La Cour de cassation ne connaît pas des jugements qui peuvent faire l'objet d'un appel, en vertu du droit de procédure cantonal, ou d'une deuxième instance en vertu du droit fédéral, devant le Tribunal cantonal. Elle ne connaît pas non plus des décisions que les présidents des tribunaux de district rendent en quelque sorte comme juge instructeur du Tribunal cantonal¹⁹.

La structure fédérative et la survivance, au-dessous de l'organisation judiciaire fédérale, de pouvoirs judiciaires cantonaux, engendrent des problèmes délicats. La machine judiciaire doit offrir toutes les garanties nécessaires sans être pour cela trop lourde, trop compliquée ou trop onéreuse. L'organisation judiciaire ne se construit pas seulement sur des données théoriques pures. Elle doit s'adapter aux circonstances locales. Les solutions empiriques s'avèrent souvent des solutions nécessaires. Il ne nous appartient pas de les critiquer, dans le cadre de cette étude.

Peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, les décisions des tribunaux de district, des tribunaux de prud'hommes, des tribunaux arbitraux et les jugements sur conclusions civiles des tribunaux répressifs.

Depuis l'institution de la Cour de cassation, la possibilité d'attaquer ces décisions n'a pas toujours été reconnue. La soumission à la Cour de cassation des anciens tribunaux d'arbitrage industriel²⁰ (cousins germains des tribunaux de prud'hommes, supprimés en 1910), des tribunaux de prud'hommes eux-mêmes et des tribunaux répressifs statuant sur conclusions civiles, a été longtemps controversée. Nous nous attacherons essentiellement aux solutions positives actuelles. L'aspect historique de ces questions présente un intérêt mineur.

*

Lorsqu'ils statuent dans les limites de leur compétence légale ordinaire, les tribunaux de district sont soumis à la censure de la Cour de cassation. Ils occasionnent la majorité des pourvois.

En quelle qualité siègent les tribunaux de district lorsqu'ils statuent sur des affaires qui échappent normalement à leur compétence mais dont ils ont été saisis en vertu d'une prorogation autorisée de compétence? La réponse a varié²¹. Actuellement, il faut distinguer plusieurs hypothèses :

¹⁹ CCC IV 314, 518; VI 49, 112.

²⁰ CCC IV 432; OJN de 1874, art. 547; BGC LXXV 109.

²¹ Du Pasquier, 10; CCC V 268, 486, 488.

Le tribunal de district fonctionne comme juge lorsqu'il statue sur des contestations relatives à un bail qui lui attribue cette compétence (art. 14 al. 2 OJN). Son jugement est attaquant pour les motifs prévus à l'article 393 CPCN.

Dans les autres domaines (que les contestations entre locataires et bailleurs) dont il est saisi en vertu d'une prorogation de compétence, le tribunal de district fonctionne comme juge seulement si toutes les conditions prévues par l'article 17 OJN sont remplies. Sa décision est alors attaquant selon l'article 393 CPCN.

Lorsque les dites conditions ne sont pas satisfaisantes, la décision est attaquant pour les motifs énumérés à l'article 488 CPCN. Le tribunal de district statue alors comme arbitre. Il faut évidemment que la clause attributive de compétence respecte l'article 472 CPCN.

Les clauses de prorogation de compétence font fréquemment partie d'un contrat. Elles survivent à l'extinction de celui-ci pour les litiges qui en découlent ²².

*

La première loi sur les tribunaux de prud'hommes, du 20 décembre 1885 ²³, exclut le pourvoi contre leurs décisions. Le législateur craignait de compromettre leur autorité en les soumettant à la censure de la Cour de cassation. Il désirait, d'autre part, comprimer la longueur et les frais de ce genre de procès ²⁴.

La loi du 23 décembre 1899 ²⁵ tempère le système pour « accorder une garantie plus grande qu'auparavant aux justiciables » ²⁶. Elle institue l'ouverture à cassation que nous avons mentionnée ²⁷.

Le problème est réexaminé en 1951. Le rapport du Conseil d'Etat manifeste le souci de restreindre le pourvoi contre les décisions des tribunaux de prud'hommes non pas tant pour accélérer ces procès et réduire les frais qu'ils occasionnent (on peut exprimer ces *desiderata* à propos de toute procédure) mais à cause de l'étendue relativement limitée des pouvoirs reconnus aux tribunaux de prud'hommes ²⁸.

Il paraît illogique, à première vue, qu'un seul juge (président du tribunal de district) puisse connaître de procès de valeur illimitée, si les plaideurs y consentent, et qu'un collègue de juges (tribunal de prud'hommes) n'ait ce pouvoir que dans les limites d'une certaine valeur litigieuse. Mais

²² CCG VI 186; RJN I 235.

²³ NRLCN I 327.

²⁴ BGC XLV 517.

²⁵ NRLCN X 465; ROLCN II 16.

²⁶ BGC LXII 427.

²⁷ *Supra*, p. 178.

²⁸ ROLCN IX 96; BGC CXVI 318.

les pouvoirs étendus des tribunaux de district sont compensés par un contrôle étendu de la Cour de cassation sur leurs décisions. Les tribunaux de prud'hommes n'ont, malgré leur composition en collège, que des pouvoirs restreints. Leur compétence est limitée à des causes qui ne compromettent pas l'avenir des justiciables sur le plan économique²⁹. C'est pourquoi ils sont soumis dans une mesure très lâche seulement à la Cour de cassation. Si leur compétence augmentait, il faudrait créer des ouvertures à cassation permettant un contrôle plus étendu de leurs décisions³⁰.

*

Pour faire l'objet d'un pourvoi recevable, la sentence doit émaner d'un véritable tribunal arbitral. Elle doit, plus généralement, satisfaire à un minimum de règles fondamentales de procédure dont l'inobservation l'empêche d'exister juridiquement. Ne pouvant alors fonder une exécution forcée, la « sentence arbitrale » n'est point susceptible de recours en cassation. « Le jugement arbitral contre lequel il peut être interjeté recours en cassation aux termes de l'article 488 CPCN est une sentence assimilable quant à sa force exécutoire à un jugement de tribunal ordinaire, prononcé par des arbitres régulièrement nommés en vertu d'un compromis ou d'une clause compromissoire valable »³¹. Le Tribunal arbitral doit notamment présenter des garanties suffisantes d'impartialité³².

De l'arbitre-juge, il faut distinguer l'arbitre-expert. Celui-ci n'a pas pour fonction de trancher un litige comme le juge-arbitre. Il résout une question de fait qui exige des connaissances spéciales. La personne chargée d'établir le gain moyen de la victime d'un accident, par exemple, est un arbitre-expert³³. La décision de l'arbitre-expert n'est pas susceptible de pourvoi.

Le pourvoi contre la sentence arbitrale et le système de l'ordonnance d'exequatur réalisent le rattachement des tribunaux arbitraux aux tribunaux étatiques. Ils garantissent le respect des règles élémentaires de procédure auxquelles les parties ne peuvent valablement renoncer³⁴. C'est pourquoi l'article 490 CPCN prohibe la renonciation au pourvoi en cassation contre la sentence arbitrale.

²⁹ BGC CXVI 317.

³⁰ BGC CXVI 324 ; « Les textes en vigueur s'inspirent de l'idée que l'affaire doit être jugée par des hommes du métier. Le principe qu'ils énoncent peut être conservé si la compétence des tribunaux de prud'hommes est fixée comme le prévoit le projet. Mais si elle devait être étendue, il serait conforme à l'intérêt des justiciables d'élargir la faculté de recourir en cassation. »

³¹ CCC VI 214.

³² ATF 64 I 100; JT 1938 I 471. ATF 64 II 38; JT 1940 I 68. ATF 67 I 8; JT 1941 I 156. ATF 67 II 146; JT 1941 I 508. ATF 67 I 214; JT 1942 II 23. ATF 69 I 81; JT 1944 I 89. ATF 72 I 86; JT 1947 I 628. ATF 73 I 186; JT 1948 I 116. ATF 76 I 87; JT 1951 I 77. ATF 80 I 336; JT 1955 I 220. ATF 81 I 321; JT 1956 I 532.

³³ Thilo, JT 1945 I 226; Guldener, Zpr., 575; Morel, N° 710, p. 543, note 1; Lent, 244.

³⁴ Guldener, Zpr., 586; Morel, 552, 555, 556; Viziox, *Rev. trim.*, 1943, 58.

Quelle est la qualité de la Cour de cassation lorsqu'elle juge un pourvoi dirigé contre une sentence arbitrale ? La question est importante. Le recours de droit public n'est recevable que contre les décisions des autorités cantonales. Le Tribunal fédéral refuse ce caractère aux tribunaux arbitraux ³⁵.

Lorsque la Cour de cassation juge un pourvoi fondé sur un des moyens énumérés par l'article 488 CPCN, elle fonctionne comme autorité cantonale, comme organe étatique. Le recours de droit public est recevable contre son arrêt.

La question devient délicate lorsque la Cour de cassation statue sur un recours qui n'invoque pas un motif légal de cassation, mais un moyen conventionnel (art. 488 CPCN). La Cour de cassation est alors saisie aussi bien de par la volonté légale que de par la volonté des plaideurs. Le Tribunal fédéral exclut le recours de droit public seulement lorsque les parties confient à un ou plusieurs juges étatiques des compétences qu'ils ne possèdent pas légalement, lorsqu'elles les désignent comme arbitres. Si la Cour de cassation connaît d'un recours fondé sur un moyen conventionnel mais compris dans l'article 393 CPCN, elle conserve, à notre sens, la qualité d'autorité cantonale. Si, en revanche, les parties accordent à la Cour neuchâteloise des pouvoirs étrangers à l'article 393 CPCN, elle perd ce caractère pour devenir l'organe supérieur d'une organisation de tribunaux arbitraux. Le recours de droit public est alors irrecevable contre l'arrêt rendu en cette qualité.

*

La question de la soumission à la Cour de cassation des tribunaux répressifs jugeant les conclusions civiles est restée indécidée jusqu'à l'adoption du code de procédure pénale de 1893 ³⁶ qui l'a résolue affirmativement en son article 172 : « Le jugement rendu par le tribunal de justice pénale sur les conclusions civiles peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Les formes et les délais sont fixés par le code de procédure civile... » Le tribunal pénal qui statue sur conclusions civiles agit en qualité de juge civil. Il applique des dispositions de procédure civile bien que, formellement, de procédure pénale. C'est pourquoi il est soumis aux voies de recours civiles.

Le code de 1945 a conservé le principe ³⁷ qui n'est pourtant pas celui de tous les systèmes juridiques voisins. En droit français et en droit zurichois, par exemple, les jugements sur conclusions civiles sont soumis aux voies de recours prévues contre le jugement pénal ³⁸. En droit allemand, la partie civile ne dispose pas de voies de recours contre le jugement sur conclusions

³⁵ ATF 64 I 100; JT 1938 I 471. ATF 67 I 34; JT 1941 I 156 : « Le recours de droit public n'est recevable que lorsque la compétence de l'autorité qui a statué ne résulte pas simplement de la volonté des parties mais en même temps d'une prescription légale ».

³⁶ *Bulletin du CPN*, p. 183, à propos des articles 172 ss.

³⁷ Art. 227 al. 3 CPN.

³⁸ Guldener, th., 24; Donnedieu de Vabres, N° 1044, 1145.

civiles. Elles seraient inutiles. Le tribunal répressif saisi de conclusions civiles les accorde ou ne rend pas de décision. Dans le premier cas, la victime n'a pas intérêt à recourir; dans le second, elle est renvoyée à plaider devant les tribunaux civils ³⁹.

Le litige civil au sein du procès pénal se conçoit de deux manières différentes ⁴⁰.

Dans le système allemand de l'*Adhäsionsklage*, le litige civil reste indépendant du procès pénal *stricto sensu*. Le lésé joue le rôle d'intervenant. Ses droits sont limités à la défense de ses intérêts privés. Dans le système français, l'action civile et l'action pénale sont unies; le lésé et le ministère public sont parties à une même action. Le lésé est véritablement partie au procès pénal.

Unissant étroitement l'élément civil et l'élément pénal, le droit français soumet naturellement le jugement sur conclusions civiles aux voies de recours prévues contre le jugement pénal. A l'inverse, l'union est purement formelle dans la conception allemande. Les conclusions civiles conservent leur autonomie. Il est donc naturel de soumettre le jugement sur conclusions civiles aux voies de recours prévues contre les jugements civils ⁴¹.

Le droit neuchâtelois s'est rallié à cette dernière conception, malgré sa terminologie empruntée au droit français ⁴².

La Cour de cassation neuchâteloise contrôle tous les tribunaux compétents à rendre des jugements sur conclusions civiles : les tribunaux de police, les tribunaux correctionnels et la Cour d'assise.

Son contrôle est strictement limité au jugement sur conclusions civiles et à la saine application des dispositions de procédure pénale auxquelles sont soumises les conclusions civiles.

§ 2. LA NATURE PROCÉDURALE DES JUGEMENTS ATTAQUABLES.

En raison des multiples questions qu'il pose, le procès donne lieu en général à de nombreuses décisions. « Que le juge remette la cause à un autre jour, qu'il statue sur un déclinatoire, qu'il ordonne une mesure d'instruction, qu'il vide un incident ou qu'il prononce sur une demande acces-

³⁹ GPPAL., art. 405; Nikisch, p. 45, N° 4.

⁴⁰ Clerc, 76 ss.

⁴¹ Clerc, 79 : « La conclusion logique du système que nous venons d'esquisser, c'est que l'exercice des voies de recours dirigées contre le jugement statuant sur les conclusions civiles, dans la mesure où il est admis, sera soumis souvent aux règles de la procédure civile. »

⁴² Clerc, 77.

soire, avant de juger le fond, il n'y a guère de cause, même parmi les plus simples où il ne rende plusieurs jugements »⁴³. Le jugement final ou au fond est précédé de décisions qui rentrent dans la notion juridique de jugement. Les unes sont assujetties à toutes les formalités qui pèsent sur le jugement final (motivation en particulier), d'autres sont d'une structure formelle plus simple (certaines ordonnances ne sont pas nécessairement motivées).

La doctrine classe ces décisions. Elle oppose les jugements avant dire droit aux jugements définitifs⁴⁴.

Le jugement définitif dessaisit le juge de la question résolue. Il tranche le fond du litige par un jugement final, les questions qui se posent au cours de la procédure, par un ou plusieurs jugements incidents. Un jugement incident est définitif lui aussi. Le jugement définitif n'est pas encore irrévocable.

Le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge dès son prononcé.

En certaines circonstances, un justiciable sollicite une mesure urgente. Elle est accordée sans vérification de sa légitimité. Le jugement ordonnant la mesure est dit provisoire. Il ne dessaisit pas le juge. Celui-ci devra peut-être révoquer la mesure, la modifier ou statuer sur le fond même de la prétention, alors qu'il ne peut modifier la solution donnée à une contestation par un jugement définitif⁴⁵.

En cours de procédure, le juge rend des décisions relatives à l'instruction. Il ordonne une expertise, l'audition d'un témoin, il cite les parties, accorde, modifie ou proroge un délai. Les unes n'ont pas d'incidence directe sur le litige. Elles ne préjugent pas de son issue; ce sont les décisions avant dire droit relatives à l'instruction, les décisions préparatoires. L'ordonnance prévue à l'article 134 al. 4 CPCN par laquelle le juge modifie un délai est de ce type. D'autres décisions laissent entrevoir au contraire l'issue de la contestation. Ces décisions relatives à l'instruction sont dites interlocutoires⁴⁶.

Ces distinctions souvent délicates (le préjugé est une notion extrêmement flottante) ont joué un rôle dans la détermination des décisions susceptibles de recours en droit français⁴⁷. La décision qui préjuge affecte les droits des parties dans une mesure beaucoup plus grande que celle qui est purement préparatoire.

*

Cette brève allusion témoigne de la variété et de la diversité des jugements. Elle fait voir un problème d'importance : comment organiser les voies de recours pour que la contestation originaire ne dégénère pas en une multiplicité de procès ? Question d'autant plus délicate qu'il n'est pas

⁴³ Garsonnet et Cézair-Bru, III, N° 433, p. 92 (Ed. de 1888).

⁴⁴ Vizioz, 512.

⁴⁵ Glasson, Tissier et Morel, III, N° 731.

⁴⁶ Cuche et Vincent, N° 350 ss.

⁴⁷ Cuche et Vincent, p. 325 et N° 423.

possible de limiter l'usage des voies de recours au dernier jugement de la procédure. Il faut aussi que les décisions antérieures puissent, en principe, être portées devant la juridiction de recours.

Le législateur a le choix entre deux méthodes consacrées l'une et l'autre en droit positif. Nous les dénommerons le système des recours immédiats et le système des recours différés.

Le système des recours immédiats ouvre les voies de recours, en principe, contre toutes les décisions dès qu'elles sont rendues. Chaque décision peut être attaquée pour elle-même, quelle que soit sa nature procédurale.

Le système des recours différés n'accorde le droit d'attaquer les décisions rendues en cours de procédure que simultanément avec le recours contre le jugement final.

Un procès donne lieu à une décision préjudicielle affirmative de compétence et à une décision au fond. Dans le système du recours immédiat la décision sur la compétence est attaquable dès qu'elle est rendue. Dans le système des recours différés, le jugement préjudiciel sur la compétence pourra être critiqué seulement dans le recours dirigé contre le jugement au fond.

Le droit français présente d'une façon générale le système des recours immédiats. Depuis 1942, l'appel peut être interjeté contre toutes décisions avant dire droit, immédiatement. « En toutes matières, à l'exception de celles pour lesquelles cette voie de recours est interdite par la loi, tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif »⁴⁸. Le système est tempéré : la possibilité d'appel immédiat est une faculté et non une obligation⁴⁹. Le pourvoi lui-même est admis immédiatement contre tout jugement⁵⁰. Font exception les jugements simplement préparatoires qui ne peuvent être attaqués qu'avec la décision au fond⁵¹.

Le droit allemand adopte, en principe, le système des recours différés⁵². La *Revision* est ouverte contre le jugement final seulement, mais elle permet de critiquer en même temps les décisions antérieures que la loi ne déclare pas inattaquables.

Après avoir consacré le système des recours différés, le droit italien, ingénieux dans la création de techniques souples, a admis le système des recours immédiats, tempéré par la possibilité reconnue aux parties de se réserver le

⁴⁸ CPCFr art. 451; Vizios, 494.

⁴⁹ Vizios, 515.

⁵⁰ BACCC 1954 III p. 13 N° 22 : « Les moyens de droit qui pouvaient être invoqués contre les jugements ou arrêts interlocutoires ne peuvent plus être proposés contre les jugements et arrêts définitifs rendus en conséquence et en exécution de l'interlocutoire. » BACCC 1949 p. 1117 N° 1000; 1951 III p. 549 N° 786; 1958 II p. 226 N° 337; Faye, 147.

⁵¹ S 1946 I 54 (19 février 1946) : « Les jugements simplement préparatoires — et tel est le caractère du jugement qui, tous droits et moyens réservés, se borne à renvoyer les parties devant un arbitre — ne peuvent être déférés à la Cour de cassation avant la décision sur le fond. »

⁵² CPCAL art. 545, 548; Rosenberg, § 140 I 1.

droit de critiquer en même temps que le jugement au fond seulement, les jugements rendus au cours de la procédure ⁵³. Cette réserve est autorisée en matière d'appel comme en matière de pourvoi ⁵⁴. Elle doit être faite durant le délai pour recourir directement, mais au plus tard à la première audience qui suit le jugement dont le plaideur veut se réserver la critique. Les parties peuvent faire réserve de toute une série de décisions avant dire droit, tant et aussi longtemps que l'une d'elles n'est pas l'objet d'un recours immédiat.

*

Le système des recours immédiats et le système des recours différés présentent des avantages et des inconvénients opposés.

Le système des recours différés favorise la concentration du procès devant une même juridiction. Il empêche qu'une contestation soit simultanément pendante devant le juge du fond, devant une cour d'appel, devant la juridiction suprême et un juge de renvoi. En revanche, la décision finale est particulièrement vulnérable. Elle pourra être cassée par voie de conséquence. Le système crée le risque que des procédures doivent être entièrement recommencées.

L'inconvénient majeur du système des recours immédiats est le fractionnement d'un même procès devant plusieurs juridictions. Mais la sanction est prompt et les pertes de temps qu'il occasionne sont réduites ⁵⁵. Le risque de la mise à néant de la procédure est considérablement restreint; le procès se consolide à mesure que les décisions incidentes sont rendues et non attaquées. Les questions tranchées par les jugements incidentels antérieurs ne peuvent pas être critiquées dans les recours contre les décisions successives. Le droit de recourir immédiatement implique déchéance du droit de recourir ultérieurement.

Notre préférence va au système des recours immédiats. C'est aussi le plus couramment appliqué (le droit allemand comprend de notables exceptions au système des recours différés), et le plus prompt à éviter la chicane.

*

Le législateur neuchâtelois a choisi, pour son pourvoi, le système des recours immédiats. L'article 393 CPCN mentionne les jugements et les décisions.

Le code de 1906 était plus libéral encore dans sa lettre. Il parlait de « tous jugements et décisions quelconques ». En supprimant ce qualificatif,

⁵³ Redenti, II, N° 150 II.

⁵⁴ CPGIt. art. 340, 361.

⁵⁵ Vizios, 496.

le législateur n'a pas eu l'intention d'exclure le pourvoi contre certaines décisions rendues en cours de procédure. Il a simplement estimé que l'expression n'était pas en harmonie avec le caractère subsidiaire du pourvoi en cassation. Les travaux préparatoires l'attestent : « ... nous avons supprimé le mot *quelconque*. Non pas que nous entendions restreindre le recours en cassation tel qu'il existe aujourd'hui. Mais il y a des décisions qui ne peuvent être déferées à la Cour de cassation parce que la loi a institué une autre instance de recours (décisions sur plaintes en matière de poursuite pour dettes, sur demandes de faillites, sur opposition à poursuites, pour effets de changes, etc. L'adjectif *quelconque* pourrait donc à première vue induire en erreur et faire supposer que ces décisions sont aussi susceptibles de recours en cassation ; comme ce n'est pas le cas, nous avons jugé préférable de supprimer le mot ; c'est là la seule portée du changement de texte que nous proposons »⁵⁶.

En un mot, la nature procédurale de la décision attaquée n'est jamais un obstacle à la recevabilité du pourvoi en droit neuchâtelois. Toutes décisions, quelle que soit leur nature, sont attaquables à moins d'une prescription légale contraire (art. 192 CPCN, par exemple).

Si la nature procédurale de la décision n'est pas une limite à la possibilité de l'attaquer en cassation, il faut néanmoins que la décision soit procéduralement et juridiquement existante, ou qu'elle prétende cette qualité. La simple opinion d'un juge est une cause de récusation parfois ; elle n'est jamais susceptible de pourvoi.

*

L'avantage du système des recours immédiats est d'exclure le pourvoi pour des motifs qui se trouvent dans des jugements antérieurs non attaqués dans les délais⁵⁷. Si la décision sur la compétence matérielle n'est pas attaquée pour erreur de droit, la décision au fond du tribunal qui s'est reconnu à tort matériellement compétent ne sera pas attaquable pour erreur *in procedendo* (incompétence)⁵⁸. Il y aurait violation de l'autorité du jugement préjudiciel.

Quid, si le moyen d'incompétence absolue tranché par le jugement préjudiciel n'est pas le même que celui invoqué à l'appui du pourvoi ? Une partie a invoqué l'incompétence *ad valorem* du tribunal de district ; elle s'aperçoit, en fin de cause, que le tribunal était en réalité incompétent *ad materiam*. Ce dernier moyen sera-t-il recevable devant la Cour de cassation ?

⁵⁶ BGC LXXV 158.

⁵⁷ RJN I 266.

⁵⁸ S 1936 I 246 : « Si l'exception d'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et même pour la première fois devant la Cour de cassation, ce principe cesse d'être applicable lorsqu'il est intervenu sur cette exception une décision définitive à l'abri de tout recours. »

La réponse affirmative s'appuie sur l'autorité limitée du jugement pré-judiciel; il n'a d'effet qu'à l'égard des questions qu'il tranche *expressis verbis*. Viziox écrit à propos de l'autorité des jugements statuant sur la compétence: « Cette autorité ne couvre d'ailleurs que les décisions explicites. Pourtant, chaque fois que le juge passe à l'examen du fond, cela ne signifie-t-il pas qu'il s'est reconnu compétent et, dès lors, cette décision implicite ne devrait-elle pas produire les mêmes effets? A quoi l'on répondra qu'en pareil cas le juge agit comme s'il était compétent, sans s'être prononcé sur la question, ce qui explique qu'elle puisse encore être soulevée; toutefois, s'il s'agissait d'incompétence relative, les parties qui auraient abordé le fond ou même fait valoir d'autres moyens se verraient forcloses »⁵⁹.

La réponse négative considère le jugement sur la compétence comme un prononcé global, exhaustif. Mais les parties ne pouvant renoncer valablement aux moyens d'incompétence absolue qui sont d'ordre public, elles ne sauraient être déchues du droit de les invoquer. Le caractère absolu de l'incompétence empêche d'admettre l'existence d'une décision implicite et globale sur l'ensemble du problème de compétence.

A nos yeux, le moyen d'incompétence absolue que le juge n'a pas tranché, contrairement à un autre moyen d'incompétence relative ou absolue qui a fait l'objet d'un incident, peut encore être invoqué contre le jugement au fond devant la Cour de cassation et, à plus forte raison, en tout état de cause devant le juge du fond.

*

Le système neuchâtelois des recours en cassation immédiats comporte deux exceptions.

Une jurisprudence constante affirme que seul le jugement au fond sur les conclusions civiles peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation civile⁶⁰.

Il en va de même en matière d'arbitrage: « Il résulte en effet de l'article 489 CPCN que seul le jugement arbitral, c'est-à-dire le jugement par lequel le tribunal arbitral tranche le fond même du procès, est susceptible de recours en cassation, à l'exclusion de tous jugements incidentels de cette autorité »⁶¹.

Mais, conformément au système des recours différés, il est possible d'attaquer, avec le jugement au fond, les décisions incidentes rendues antérieurement.

⁵⁹ Viziox, 268.

⁶⁰ CCC IV 189; V 427; VI 142; RJN II 130 ss; BCFP 1945 100.

⁶¹ CCC V 339; VI 226; Perregaux, 113.

§ 3. LA NATURE MATÉRIELLE DE L'ACTE JUDICIAIRE ATTAQUABLE.

« La répétition est aussi une figure de rhétorique et même la plus puissante ! »⁶².

La tradition ouvre les voies de recours contre les décisions contentieuses seulement⁶³. La règle est pourtant incertaine. Garsonnet et César-Bru, de même que la Cour de cassation française, l'ont abandonnée depuis longtemps déjà, pour des solutions plus nuancées. Les auteurs ont dénoncé aussi la tendance de la Cour de cassation française à juger non pas la recevabilité au caractère de l'acte, mais le caractère de l'acte à sa recevabilité⁶⁴.

La distinction de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse est confuse. Le mal est grand, car elle est importante.

L'opinion traditionnelle attache l'autorité de la chose jugée uniquement aux décisions contentieuses... quand elle ne juge pas le caractère de l'acte à la présence ou à l'absence d'autorité de chose jugée !

La Loi française du 15 juillet 1944 sur la Chambre du Conseil consacre la distinction (les affaires qui relèvent de la juridiction gracieuse sont soustraites à la publicité et liquidées en Chambre du Conseil).

Dans le canton de Neuchâtel, elle joue un rôle en matière de compétence. L'article 4 de la loi d'introduction au CCS confie aux tribunaux de district les affaires non contentieuses qui ne sont pas attribuées expressément à d'autres autorités. En vertu de l'article 33 OJN, le Tribunal cantonal connaît au contraire de toutes les affaires de valeur litigieuse indéterminée. Cette seconde règle de compétence concerne seulement les affaires contentieuses, la première, uniquement les affaires gracieuses.

Deux questions retiendront notre attention : la classification des actes juridictionnels et la possibilité de les attaquer par les voies de recours, particulièrement par le pourvoi en cassation.

*

⁶² Knapp, *Annuaire suisse de droit international*, IX, 1954, 6.

⁶³ Calamandrei, I, N° 196 a; Chenon, 88; Laborde Lacoste, 103; Morel, N° 79; Garsonnet et César-Bru, V, N° 1068, p. 541 (Ed. de 1888); Guldener, th., 29; Gerwig, *op. cit.*; ATF 42 II 294; JT 1917 I 146. JT 1930 I 313. ATF 78 II 180; JT 1952 I 444; Birchmeier, sous art. 44, f. Le recours en nullité au Tribunal fédéral est admis en matière gracieuse; Birchmeier, sous art. 68, 2 b. ACCG du 25 février 1927 (Comptoir d'escompte/Jampen) : « La Cour de céans a dès longtemps admis que les voies de recours n'étaient ouvertes qu'en matière de décisions contentieuses. Or, *in casu*, il ne s'agit que d'une mesure d'ordre prise, dans les limites de ses attributions, par le président du tribunal de district. »

⁶⁴ Cuche et Vincent, N° 80; Vizioz, 244, 247, 249; Hébraud, *Commentaire de la loi sur la chambre du conseil* : « ... la qualification contentieuse est un détour qui a paru nécessaire, en raison du préjugé qui écarte les voies de recours en matière gracieuse. »

Les publicistes⁶⁵ ont distingué, par des critères formels et organiques, l'acte juridictionnel de l'acte administratif. Les processualistes, qui devaient considérer l'acte juridictionnel de l'intérieur en quelque sorte, se sont inspirés des études de droit public, semant la confusion entre l'acte juridictionnel gracieux et l'acte administratif. C'est une aberration de se servir des mêmes critères (idées de contestation, de contradiction, caractère déclaratif...) pour différencier l'acte administratif de l'acte juridictionnel et l'acte gracieux de l'acte contentieux. Un critère qui sépare les actes en deux groupes ne permet pas une sous-classification, les actes de chacun des groupes étant identiques du point de vue du critère choisi.

Les différences organiques et formelles des actes administratifs et des actes juridictionnels trouvent leur justification dans la nature différente de l'objet de ces actes. Ce paragraphe le suppose nécessairement⁶⁶. Si l'acte administratif, en effet, comprend l'acte juridictionnel, à plus forte raison englobe-t-il les autres actes judiciaires qui doivent alors tous être soumis aux voies de recours prévues contre les jugements contentieux.



La notion de juridiction gracieuse s'est formée et se forme encore, de manière empirique, au sein de la juridiction contentieuse⁶⁷, signe convaincant de sa parenté de nature avec la juridiction contentieuse et de sa spécificité par rapport à l'acte administratif. Détournée de son objet originel, le litige, la juridiction contentieuse s'est vu attribuer des tâches voisines mais non identiques. Des situations parentes de la contestation ont bénéficié des garanties nombreuses de la procédure civile et des tribunaux. Le domaine de l'activité juridictionnelle s'est étendu jusqu'à comprendre le notariat, qui s'est séparé du domaine judiciaire au cours du XVI^e siècle en droit français⁶⁸. Le jugement d'expédient est un vestige de l'activité notariale des juridictions⁶⁹. La juridiction gracieuse s'est ensuite spécifiée et réduite à son essence.

⁶⁵ Viziox, 52 ss.

⁶⁶ Brulliard, 8; Foyer, th., 236 : « L'admission d'un critère organique et formel implique au préalable un postulat, la reconnaissance à l'acte juridictionnel d'une certaine nature au point de vue matériel. »

⁶⁷ Graber, 12, 13, 14, 15; Morel, 86, note 1; Cornu et Foyer, 105.

Hébraud, *Commentaire de la loi sur la chambre du conseil*, 344 : « La notion de la juridiction gracieuse s'est organisée à l'occasion de la contestation, incident de la vie juridique qui requiert une solution pacifique, ... l'instrument une fois créé, l'efficacité des garanties qu'il engendre une fois reconnue, le désir est né de s'en octroyer le bénéfice dans des hypothèses non identiques et pourtant voisines de celles pour lesquelles il avait été créé... la juridiction gracieuse, prolongement et accessoire de la juridiction contentieuse ne lui est donc pas absolument antinomique, mais vit sous sa dépendance et peut s'en rapprocher. »

⁶⁸ Bordeaux, 369.

⁶⁹ Morel, N° 554.

Malgré les disputes doctrinales, on constate des tendances et des évolutions. La conception dualiste, qui pose en principe que tout ce qui n'est pas juridictionnel (contentieux) est administratif, les conceptions qui s'attachent aux critères formels sont abandonnées. Des critères matériels gravitant autour de l'idée de contestation sont venus les remplacer. La doctrine a fait un pas de plus encore. Elle ne se contente plus de considérer la matière soumise à la juridiction. Elle cherche le fondement de l'intervention de la juridiction plutôt que de l'administration, en certains domaines. Une notion de juridiction gracieuse véritable est dégagée, distincte de la juridiction contentieuse, mais parente d'elle plus encore. Les catégories d'actes judiciaires se multiplient; les notions se précisent.

Des auteurs ont cherché à distinguer la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse selon des critères formels.

De la considération de l'auteur de l'acte (les juridictions sont des organes « spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes ») et des règles de procédure qui le gouvernent, Carré de Malberg prétend tirer les différences essentielles qui séparent l'acte gracieux de l'acte contentieux⁷⁰. Cette conception oppose l'acte administratif et l'acte juridictionnel et non l'acte juridictionnel contentieux et l'acte juridictionnel gracieux. Elle se heurte à une objection péremptoire. Si les actes administratifs et juridictionnels sont attribués à des organes non simplement distincts, mais encore de caractère différent, s'ils sont soumis à un formalisme qui repose sur des principes opposés, c'est bien la preuve qu'ils diffèrent de par leur nature. Si les actes administratifs et juridictionnels étaient attribués à des organes distincts pour des motifs de pure opportunité, point ne serait besoin que le caractère et la forme des actes diffèrent; la multiplicité d'organes suffirait.

Des éléments précis de formalisme ont aussi été pris en considération. Le procédé se légitime. En matière gracieuse, l'introduction de la procédure est souvent unilatérale; la procédure d'instruction, non contradictoire; il n'y a pas de publicité. Le Tribunal fédéral tient compte de ces éléments combinés avec d'autres. Il définit la juridiction gracieuse comme celle qui « consiste à intervenir, à la requête d'un intéressé et sans débat contradictoire dans la création, la modification et l'extinction de droits privés non litigieux⁷¹. Au contraire, la juridiction contentieuse intervient « ... lorsque, entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, en leur qualité de titulaires de droits privés ou entre une pareille personne et une autorité à laquelle le droit civil reconnaît la qualité de partie, s'est déroulée devant le juge ou une autre juridiction une procédure contradictoire tendant à statuer de manière définitive et durable sur des rapports de droit civil »⁷². La méthode mène souvent à des résultats exacts. Elle n'en reste pas moins critiquable : elle

⁷⁰ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, 768 ss; Cuche et Vincent, N° 57; Vizioz, 59 à 71.

⁷¹ ATF 77 II 279; JT 1952 I 607.

⁷² ATF 78 II 180; JT 1952 I 444.

déduit la présence d'une cause (caractère gracieux ou contentieux) de certains de ses effets, au lieu de constater l'existence de la cause pour en déduire les effets. Les caractères contradictoire de la procédure, définitif, durable et déclaratif du prononcé, de même que les caractères inverses sont des indices mais non des éléments constitutifs des actes contentieux et gracieux. En outre, la seule réglementation procédurale d'une espèce d'affaires ne suffit pas toujours à la qualifier. Il faut d'autant moins se contenter de ces éléments de procédure que le droit suisse est composé de trois ou quatre douzaines de lois de procédure civile et d'organisation judiciaire.

Devant la complexité du problème, Japiot ne se contente pas d'un seul critère. Il propose une combinaison d'éléments caractéristiques, en des considérations parfois contradictoires. « La juridiction est le pouvoir de trancher les litiges, par une décision ayant l'autorité de la chose jugée. Voilà la juridiction proprement dite, la juridiction contentieuse »⁷³. La présence ou l'absence d'un litige, considérée comme élément déterminant tout d'abord⁷⁴, est réduite ensuite au rôle d'indice important⁷⁵; elle cède le pas au critère formel de l'autorité de la chose jugée, alors que logiquement c'est au caractère contentieux que devrait s'attacher l'autorité de la chose jugée. La pétition de principe est d'autant plus condamnable que la doctrine est loin de s'entendre sur l'autorité de la chose jugée et les actes qui en sont doués⁷⁶.

Japiot reconnaît le caractère d'indice susceptible d'utilisation fructueuse à un certain nombre d'autres éléments. La volonté du juge ne joue pas le même rôle dans l'acte gracieux et dans l'acte contentieux. L'acte contentieux est un acte déclaratif⁷⁷. L'acte gracieux est, en général, constitutif. Dans les matières contentieuses le juge doit, en principe, s'en tenir au débat tel que les parties le présentent; il n'en est pas de même dans le domaine gracieux. L'acte gracieux est souvent sollicité par une demande unilatérale⁷⁸.

Cet éminent juriste a touché du doigt le véritable fondement de la juridiction gracieuse : « ... après avoir créé ces magistrats qui constituent ce qu'on appelle le pouvoir judiciaire, on a estimé qu'il serait bon de profiter de leur existence pour leur confier aussi le soin de faire certains actes qui sortent de leurs attributions principales; cela peut être utile, notamment à cause des garanties que fournissent ces magistrats, de l'esprit qui les anime, de l'expérience qu'ils ont acquise en exerçant leurs attributions principales, de la facilité avec laquelle les particuliers pourront obtenir leur concours »⁷⁹. Japiot devrait déduire de ses observations le caractère original, spécifique de l'acte de juridiction gracieuse. Il n'en est rien. Japiot considère au contraire

⁷³ Japiot, N° 131.

⁷⁴ *Ibid.*, N° 164.

⁷⁵ *Ibid.*, N° 146, 147.

⁷⁶ Brulliard, 11.

⁷⁷ Japiot, N° 150, 153, 171.

⁷⁸ *Ibid.*, N° 173, 175.

⁷⁹ *Ibid.*, N° 133.

que l'acte juridictionnel gracieux a seulement l'apparence d'un jugement, qu'en fait c'est un acte administratif⁸⁰. N'eût-il pas été plus exact de reconnaître le caractère juridictionnel des actes qui ont pour objet des situations parentes des contestations, exigeant comme celles-ci la collaboration du juge ?

Morel défend la thèse du caractère administratif de l'acte de juridiction gracieuse⁸¹, en comparant l'aspect technique et le rôle des deux juridictions. L'acte administratif est le moyen d'arriver à une fin extrinsèque à l'acte lui-même. L'acte juridictionnel comporte sa fin en lui. La distinction n'apparaît pas si on pense que l'acte juridictionnel tend aussi à l'obtention d'une prestation qu'il ne comporte pas en lui. Morel est néanmoins dans le juste. La solution de la question de droit (X satisfait-il aux conditions de la délivrance d'un passeport..., X est-il responsable...) ne joue pas le même rôle dans les deux actes. Le fonctionnaire est partie à l'acte; il agit dans le but pratique que se propose d'atteindre le requérant, mais veille, dans son intérêt de partie, au respect du droit; la question juridique qu'il tranche (premier exemple) est reléguée au second plan. Dans la procédure et les décisions contentieuses, la question de droit occupe le premier plan; elle est l'objet principal du débat. On pourrait croire que la différence d'importance des questions provient du degré de développement inégal du droit privé et du droit administratif. Celui-ci est une branche jeune du droit. Les conditions de la responsabilité civile sont plus clairement fixées que les conditions de l'accomplissement d'un acte administratif. L'objection est sans valeur pourtant. Il est fort possible que la même question : « A a-t-il le droit d'obtenir un permis ? » fasse l'objet d'une procédure et d'une décision contentieuse. Elle occupera alors le premier plan.

Morel pressent ce qui sépare l'acte juridictionnel de l'acte administratif. La différence qu'il marque est certaine. Encore faut-il en expliquer la raison. Elle réside, croyons-nous, dans les intérêts différents que protègent les actes administratifs et juridictionnels. L'acte administratif vise à la satisfaction immédiate d'intérêts des individus, dans le cadre de l'intérêt de la collectivité. Le respect du droit a un fondement essentiellement pragmatique. On est sur le plan de « l'agir ». L'acte juridictionnel satisfait aussi des intérêts privés et collectifs. Mais il ne se fonde pas tant sur des considérations pratiques que sur des considérations de morale, de justice et de principes juridiques.

Morel n'extrait pas toute la vertu de ses observations. Il ne conclut pas à la spécificité de la juridiction gracieuse. Lorsqu'il écrit : « Un tribunal qui, en l'absence d'un époux, autorise l'autre à faire des actes prévus aux articles 217, 218 CCFr., ou qui homologue une délibération du conseil de famille concernant un mineur, fait un acte administratif... »⁸², Morel oublie

⁸⁰ *Ibid.*, N° 164.

⁸¹ Morel, N° 73.

⁸² Morel, 80.

que la participation du verbe de la loi à la passation de l'acte assure la protection d'un intérêt privé supérieur, le respect des droits d'un être humain.

Les critères les plus fréquemment utilisés pour distinguer l'acte gracieux de l'acte contentieux d'une part, l'acte juridictionnel de l'acte administratif d'autre part, gravitent autour de l'idée de contestation, de litige.

Bordeaux définit la procédure civile contentieuse comme une « guerre privée qui ne finit pas en une seule bataille, mais dans laquelle on avance peu à peu »⁸³.

La présence ou l'absence de litige caractérise les actes respectivement contentieux et gracieux selon Glasson, Tissier et Morel⁸⁴. La Cour de cassation française et le Tribunal fédéral se sont souvent ralliés à cette manière de voir. Comme la contestation suppose deux adversaires au moins, des auteurs disent que la procédure gracieuse est unilatérale. En bref, la procédure contentieuse se déroule entre deux ou plusieurs parties; la procédure gracieuse ne comporte ni litige ni adversaire⁸⁵.

On a objecté le cas du jugement de divorce, acte juridictionnel contentieux même si les époux sont en parfait accord sur les conditions auxquelles ils désirent le divorce.

Le critère de la contestation a été élargi et spécifié en même temps. L'acte contentieux tranche une contestation et désigne qui a raison, mais, plus généralement, il statue sur une prétention. Le jugement de divorce qui sépare des époux mutuellement consentants n'est plus alors une objection. Que les parties soient d'accord ou non, qu'elles désirent l'une et l'autre le divorce ou non, le jugement examine une prétention : le demandeur a-t-il droit au divorce ? La solution de la question relève toujours d'une décision contentieuse. Le doyen Vizioz a mis l'accent sur la prétention, objet caractéristique de la juridiction contentieuse : « ... Il y a... juridiction toutes les fois que l'agent public intervient pour trancher une question de droit, c'est-à-dire toutes les fois qu'il est appelé à se prononcer sur une prétention d'ordre juridique. Nous disons prétention, nous ne disons pas litige bien que d'ordinaire, l'activité juridictionnelle puise sa raison d'être dans une contestation »⁸⁶.

Dans sa thèse, M. Foyer adopte cette conception qu'il complète par des éléments secondaires. La procédure contentieuse est mise en mouvement par l'« élévation devant le juge d'une prétention d'ordre juridique ». L'activité juridictionnelle s'avère un mode pacifique de solution de cette prétention. Elle tend à l'application du droit, par syllogisme et observation de règles

⁸³ Bordeaux, 13.

⁸⁴ Glasson, Tissier et Morel, I, 32; III, p. 566, N° 995.

⁸⁵ Laborde Lacoste, § 178.

Morel, N° 79, p. 86 : « En ce qui concerne le critérium qui permet de différencier la juridiction gracieuse de la juridiction contentieuse, la Cour de cassation se prononce pour l'absence de toute contestation actuelle... »

JT 1930 I 313; Guldener, Zpr., 38; Solus, *Cours 1957-1958*, p. 667 à 669.

⁸⁶ Vizioz, 93.

de forme⁸⁷. Il y a d'autres modes de solution des litiges, la transaction, la conciliation par exemple. Ce ne sont pas des actes de juridiction. Ils ne consistent pas nécessairement en une application du droit objectif. Ils ne sont pas assujettis au formalisme de la procédure. La définition de M. Foyer s'attache-t-elle à l'ensemble de la juridiction, gracieuse et contentieuse, ou seulement à la juridiction contentieuse ? On ne sait pas. L'ambiguïté tient à la nature des choses. La juridiction gracieuse est une juridiction par extension de la juridiction contentieuse⁸⁸. La définition de la première résulte forcément de la définition de la seconde.

Une nouvelle idée se fait jour. L'acte gracieux et l'acte contentieux ont pour objet des situations parentes. Ils ne se laissent pas distinguer nettement. Entre les actes juridictionnels contentieux, doués de l'autorité de la chose jugée, et les actes juridictionnels gracieux qui en sont totalement dépourvus, prennent place de nombreux cas intermédiaires. C'est insensiblement qu'on passe d'une catégorie dans l'autre⁸⁹.

La doctrine a mis l'accent sur un autre aspect de la parenté des actes gracieux et contentieux⁹⁰. La juridiction contentieuse se rapporte à un litige existant. Elle constitue une intervention *a posteriori*. L'acte gracieux, au contraire, a pour objet un litige virtuel, une violation de droits subjectifs à l'état latent. Selon les images de M. Gerwig, l'acte contentieux est le bistouri du chirurgien, l'acte gracieux, une mesure prophylactique.

Toutes ces manières, justes, de voir ne vont pas au fond du problème. Si la juridiction gracieuse prévient le litige que résout l'acte contentieux, si l'acte gracieux est une extension de la juridiction contentieuse, le pourquoi de l'acte juridictionnel et de son extension à des situations analogues n'est pas encore dévoilé. La contestation est un élément moins important de l'acte qu'on se l'est imaginé. Elle est purement accidentelle. M. Lampué l'a très justement remarqué : « ... la contestation, quel que soit son objet, est toujours antérieure à l'intervention juridictionnelle et elle reste extérieure à l'acte même de juridiction... on ne voit pas que cet élément, qui est étranger à l'acte lui-même, puisse être incorporé à celui-ci au point de devenir la base de sa définition »⁹¹.

Des opinions communes apparaissent dans la description générale de l'objet de la juridiction gracieuse⁹². Le juge collabore, coopère à la création d'un acte (émancipation, déclaration d'absence...), veille à la protection des intérêts de certaines personnes (incapable, absent, femme mariée...),

⁸⁷ Foyer, th., 257 à 259.

⁸⁸ Foyer, th., 262.

⁸⁹ Cornu et Foyer, 109; Roland, 338.

⁹⁰ Gerwig, *op. cit.*; Redenti, I, 9; De Maio, N° 331.

⁹¹ Lampué, *La notion de l'acte juridictionnel*, Revue de droit public, 1946, 23.

⁹² Viziox, 12, 13; Brulliard, 14; Solus, *Cours*, 668.

Chiovenda, *Saggi di diritto procedurale civile*, I, 311 : « Per distinguere gli atti di giurisdizione contenziosa dagli atti di giurisdizione volontaria, occorre guardare alla sostanza piuttosto che a la forma. Quando il magistrato non è chiamato a supplire capacità giuridiche difettose, nè a cooperare alla formazione di stati giuridici, o allo

mais sans se départir de sa position impartiale et objective. Il n'est pas partie à l'acte dont il contrôle la régularité, contrairement à l'administrateur ⁹³.

La fonction commune à toutes les opérations juridictionnelles, contentieuses et gracieuses, est la protection d'intérêts privés menacés. Le rapport des juridictions gracieuse et contentieuse et de l'acte administratif apparaît alors. L'acte juridictionnel protège l'intérêt privé ou public insatisfait. Il réalise le juste, incarné dans les diverses sources du droit. La contestation met en péril le juste et le juridique, de même que l'impossibilité dans laquelle se trouvent certaines personnes de veiller avec toutes les facultés désirables sur leurs intérêts et la nécessité qui en résulte de confier la gestion de ces intérêts à des tiers. Ces deux types de cas, sommairement esquissés, cherchent une protection qu'ils trouvent dans la juridiction. Le juge, en matière gracieuse et en matière contentieuse, fait régner une morale déposée dans le droit objectif. L'acte gracieux se rapproche de l'acte administratif en ce qu'il intervient à propos d'un acte de gestion; mais l'acte gracieux ne s'analyse pas en cet acte administratif. L'acte d'administration se sert du droit dont il utilise les figures (contrat...) pour créer une obligation, un droit dans la sphère de la personne protégée (mineur, interdit...), pour augmenter ou pour diminuer son actif... L'acte gracieux rendu à cette occasion n'utilise pas le droit à une fin directement utilitaire. Il s'assure que l'acte d'administration ne lèse pas les intérêts de la personne protégée.

M. Brulliard, s'inspirant de la doctrine italienne, donne une définition de la juridiction gracieuse : « La juridiction volontaire, c'est l'actuation du droit objectif dans un cas concret en vue d'exercer une tutelle sur un intérêt privé insatisfait parce que le titulaire ne peut user normalement de ses facultés ou de ses pouvoirs. Cette tutelle se réalise par l'intervention d'un organe (en principe) judiciaire, impartial, qui procède par mesures discrétionnaires, modifiables, lesquelles rendent possible au titulaire défaillant l'usage de ses facultés ou de ses pouvoirs, ou qui s'y substituent ⁹⁴.

M. Hébraud insiste sur la même idée : « Les différences entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse, qui sont de degré plus que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit ⁹⁵.

Ce sont les meilleures définitions, à notre sens, de la juridiction gracieuse et, du même coup, de la juridiction contentieuse et de la juridiction tout court. Elles expliquent et légitiment les particularités juridiques qui séparent la juridiction gracieuse de la juridiction contentieuse et dont les

svolgimento del commercio giuridico, ma ad attuare diritti, ad accertare e riparare l'infrazione di doveri giuridici di parti verso parti, gli atti che essa compie sono di giurisdizione contenziosa. »

⁹³ Brulliard, 22.

⁹⁴ *Ibid.*, 25.

⁹⁵ Hébraud, *Commentaire de la loi sur la chambre du conseil*, 334.

auteurs ont cru tirer des critères sûrs. Placées dans cette perspective nouvelle, ces particularités peuvent servir d'indices secondaires. Le caractère unilatéral de la procédure gracieuse est purement formel. En fait la procédure gracieuse est bilatérale car le juge, en conservant sa position impartiale, est chargé de l'intérêt adverse. Il est nécessaire qu'en matière gracieuse, la volonté, la faculté d'appréciation du juge soient plus libres qu'en matière contentieuse; mais ceci non pas tant à l'égard de la loi qu'à l'égard des requérants; le juge est en quelque sorte tuteur d'une personne; il doit pouvoir s'opposer à des actes nullement illégaux ou illicites mais simplement inopportuns du point de vue d'une sage administration. L'absence de publicité, le droit du juge de se saisir à nouveau de la question, de modifier la mesure (absence d'autorité de chose jugée) ont le même fondement. L'acte gracieux est bien juridictionnel. Il s'apparente plus à la juridiction contentieuse qu'il ne s'en distingue. La juridiction veille aux intérêts privés, la juridiction contentieuse, lorsqu'ils sont à l'état de contestation, la juridiction gracieuse, lorsqu'ils sont en état de faiblesse. C'est pourquoi, en général, nul ne peut être contraint à solliciter une décision contentieuse, alors que l'obtention de la décision gracieuse est souvent imposée par la loi.

*

L'activité non contentieuse du juge est-elle toujours gracieuse? la seule existence d'un critère matériel, permettant de distinguer assez précisément juridiction gracieuse et juridiction contentieuse, autorise une réponse négative.

À côté des actes administratifs, attribués accidentellement, en quelque sorte, à l'autorité judiciaire, et qui relèveraient tout aussi bien d'un autre organe étatique (la séparation des pouvoirs est relative en fait), il existe une série d'actes administratifs judiciaires par nécessité: les actes qui assurent l'organisation interne du tribunal et les actes d'administration du procès accomplis sous forme de décision avant dire droit.

Les auteurs ne s'entendent pas sur la classification des actes judiciaires non contentieux ni gracieux. Vizioz, Japiot, Glasson, Tissier et Morel discernent trois catégories d'actes judiciaires⁹⁶; M. Roland, quatre⁹⁷; MM. Foyer et Cornu, cinq⁹⁸. Nous ne voulons pas surenchérir.

*

Les voies de recours sont-elles ouvertes contre les décisions judiciaires gracieuses et les autres décisions non contentieuses? Toutes les opinions sont représentées. La recevabilité des voies de recours contre les décisions

⁹⁶ Vizioz, 40, note I; Glasson, Tissier et Morel, I, 36; Japiot, N^{os} 135, 166.

⁹⁷ Roland, 296, 297, 298.

⁹⁸ Cornu et Foyer, 105.

non contentieuses est taxée « d'hérésie juridique » par le professeur Solus. MM. Vizioz, Cuche, Vincent, Roland, Cornu, Foyer et Boyer admettent, au contraire, les voies de recours contre tous actes judiciaires, dans la mesure où ils font grief ⁹⁹.

L'irrecevabilité du pourvoi en cassation contre les décisions non contentieuses a été tirée de l'article 2 de la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 portant institution d'un tribunal de cassation. « Les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements... » On en a déduit que seuls étaient susceptibles de pourvoi, les actes présentant le caractère de jugement. Or, en un certain sens, il est juste de dire que l'acte juridictionnel gracieux ne présente pas ce caractère puisqu'il est une mesure préventive ¹⁰⁰.

En réalité, la jurisprudence, la doctrine et la législation ont transformé la règle en exception.

En 1895, la Cour de cassation française rendait un arrêt ¹⁰¹ qui sapait le principe à sa base, et Glasson de s'écrier dans la note : « Que reste-t-il, avec ce système, de la distinction entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse ? »

La jurisprudence a été confirmée, par un arrêt de 1933 en particulier : « Toute décision par laquelle le juge met obstacle à l'exercice d'un droit invoqué par une partie comme étant consacré par la loi est susceptible de recours... » ¹⁰².

Le droit positif français a consacré l'évolution jurisprudentielle par l'adoption de la loi sur la Chambre du Conseil. Celle-ci admet d'une façon générale les voies de recours contre les décisions gracieuses.

Le principe de l'exclusion des voies de recours en matière non contentieuse a vécu ¹⁰³.

Aucun auteur, à notre connaissance, ne défend le principe de l'irrecevabilité des recours contre les décisions gracieuses de manière convaincante.

Garsonnet et Cézard-Bru pensent que « les décisions rendues en matières contentieuses sont, en principe, les seules qu'on puisse et qu'on doive attaquer par le pourvoi en cassation. Celles qui constituent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, comme les mesures prises pour la police de l'audience, les remises de causes ou l'indication d'un jour pour plaider ou prendre des conclusions ne sont sujettes à aucun recours extraordinaire... » ¹⁰⁴. Le pas-

⁹⁹ Solus, *Cours*, 677; Vizioz, 242 à 244; Roland, 279, 280, 340; Cornu et Foyer, 98; Cuche et Vincent, N° 80; Boyer, 191.

¹⁰⁰ Faye, 55.

¹⁰¹ D 1896 I 5.

¹⁰² DH 1933 505 (18 juillet 1933).

¹⁰³ Hébraud, *Commentaire de la loi sur la chambre du conseil*, 342.

¹⁰⁴ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 363.

sage est sibyllin. Les décisions contentieuses ne sont pas opposées aux décisions gracieuses, mais à celles rendues en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. A propos de la recevabilité des voies de recours contre les décisions gracieuses proprement dites, Garsonnet et Cézard-Bru émettent passablement de doutes : « Les jugements rendus en matière gracieuse ne sont attaquables — et encore est-ce douteux... — que pour vice de forme. »¹⁰⁶ Ils admettent finalement, *de lege lata*, que les décisions gracieuses sont toujours susceptibles d'appel de la part du requérant, à moins de disposition légale contraire, et qu'elles sont sujettes à un pourvoi restreint pour vice de forme et excès de pouvoir. *De jure condendo* ils sont favorables à la thèse moderne. Ils estiment qu'aucune raison valable n'exclut le contrôle de la Cour de cassation, juridiction de droit commun, sur les décisions rendues en matière gracieuse¹⁰⁸.

Japiot a examiné la question en détail. Déniant autorité de chose jugée aux décisions gracieuses, il admet contre elles les actions principales en nullité et non les voies de recours. Il ajoute : « Si on admet l'appel devant la juridiction supérieure, celle-ci aurait à refaire entièrement l'appréciation plutôt qu'à contrôler, et on transférerait ainsi souvent à une juridiction, d'une manière complète et intégrale, les attributions que la loi semble avoir voulu donner en propre à une autre juridiction ou à un autre juge, par elle considérés comme mieux placés pour exercer ces attributions d'une manière sûre, opportune, simple et éclairée. »¹⁰⁷ Conformément à cette argumentation, Japiot se montre favorable à la recevabilité du pourvoi en cassation dans les matières gracieuses. N'étant pas dévolutif, le pourvoi ne se heurte pas à l'objection soulevée à propos de l'appel contre les décisions gracieuses. Il permet de vérifier simplement si le juge est resté dans la légalité en accomplissant sa fonction gracieuse.

Le principal argument en faveur de la tradition est tiré de l'autorité de la chose jugée. Les décisions gracieuses ne jouissant pas de cette qualité, le lésé est recevable à former contre elles une demande de réexamen ou une action en nullité. A tous égards, l'argument porte à faux. La doctrine récente reconnaît aux décisions gracieuses, à certaines d'entre elles pour le moins, une autorité de chose jugée restreinte. Ensuite, la possibilité de recourir et l'autorité de la chose jugée ne sont pas liées comme on l'a cru longtemps¹⁰⁸. L'absence de l'autorité de la chose jugée n'empêche pas la décision d'être douée de force obligatoire. C'est là une circonstance suffisante à justifier les voies de recours contre les décisions gracieuses¹⁰⁹. Enfin, les voies de recours sont mieux organisées que les actions en nullité pour sanctionner les informalités des décisions d'autorité. M. Hébraud écrit à juste titre :

¹⁰⁶ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 363.

¹⁰⁸ *Ibid.*, VIII, N° 161 à 165, p. 335.

¹⁰⁷ Japiot, N° 195.

¹⁰⁸ Cf. *supra*, T. I, ch. I, § 1.

¹⁰⁹ Vizior, 265.

« Aussi, à côté de l'étiollement des moyens de droit commun, le système des voies de recours témoigne-t-il d'une grande vitalité. » ¹¹⁰

L'argument tiré du pouvoir discrétionnaire du juge du fond en matière gracieuse s'oppose apparemment à la recevabilité de l'appel (trop largement ouvert) et à la recevabilité du pourvoi en cassation (qui ne permet qu'un contrôle trop étroit).

Il repose pourtant sur l'illusion du pouvoir discrétionnaire. Le juge jouit sans doute d'une grande liberté d'appréciation en matière gracieuse. La loi ne lui dicte pas impérativement son devoir. Cela n'empêche qu'il doit conserver une attitude objective. La liberté à l'égard de la loi n'implique pas encore liberté à l'égard des tribunaux supérieurs, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation.

Pourquoi la Cour d'appel, qui revoit librement l'appréciation des faits en matière contentieuse, ne pourrait-elle en faire autant, *mutatis mutandis*, en matière gracieuse ? Lorsque la loi attribue un certain type d'affaires au pouvoir judiciaire, il faut admettre qu'elle le remet au pouvoir judiciaire dans son entier, tel qu'il fonctionne ordinairement, à moins de prescription contraire.

Le pourvoi ne s'avère pas inutile contre les décisions gracieuses. Elles ne sont pas à l'entière discrétion du juge inférieur. Sans doute est-il assez rare qu'une décision gracieuse souffre d'erreur de droit *in iudicando*. Elle peut par contre être affectée d'une erreur *in procedendo* aussi souvent qu'un jugement contentieux.

Le pouvoir judiciaire est chargé de tâches voisines de son domaine propre parce que la nature de certaines affaires requiert la protection des institutions et du formalisme judiciaire. Or, parmi ceux-ci, figurent précisément les voies de recours. Dans le doute il faut donc trancher en faveur de la recevabilité des recours contre les décisions gracieuses.

La juridiction gracieuse est, selon Japiot « parmi les parties les moins achevées et les plus troublantes de la science de la procédure ». Admettre les voies de recours contre les décisions rendues en ces matières, c'est achever, à notre sens, une part importante de la théorie de la juridiction gracieuse.

Les mêmes arguments militent en faveur de la soumission des autres actes judiciaires non contentieux (actes administratifs judiciaires par accident et par nécessité) aux voies de recours prévues par la procédure civile.

La recevabilité du pourvoi en cassation contre les actes administratifs judiciaires par nécessité n'est d'ailleurs pas contestée.

Il faut que tout acte judiciaire qui fait grief soit susceptible des voies de recours prévues par le droit judiciaire privé, s'il satisfait, par ailleurs,

¹¹⁰ Hébraud, *Commentaire de la loi sur la chambre du conseil*, 345.

aux autres conditions de recevabilité. En un mot, la nature matérielle de la décision n'est pas un obstacle à son accès aux juridictions de recours.

Dans ces conditions, il deviendrait possible de faire une étude plus objective des diverses catégories d'actes judiciaires et de l'autorité de la chose jugée. Toutes ces notions ont été faussées par la nécessité de respecter formellement un principe insensé et inappliqué en fait.

*

L'examen de la jurisprudence neuchâteloise confirme notre point de vue : le pourvoi doit être ouvert à tout acte judiciaire.

La Cour de cassation ne partage pas cet avis. Elle respecte la règle traditionnelle. L'applique-t-elle en fait ?

Un arrêt de 1905 déclare le pourvoi recevable seulement contre les décisions contentieuses, caractérisées par la présence d'une contestation ¹¹¹.

Un arrêt de 1934 ¹¹² discerne trois catégories d'actes judiciaires : ceux que le président du tribunal de district accomplit dans l'exercice de ses attributions judiciaires, ceux qu'il accomplit en qualité d'organe administratif (actes administratifs judiciaires par accident comme le relève la Cour de cassation), et ceux qui, administratifs par nature, sont judiciaires par nécessité. Les actes de la première et de la dernière catégorie sont susceptibles de pourvoi contrairement à ceux de la deuxième. Quant à la notion d'acte juridictionnel gracieux, la Cour de cassation n'en souffle mot. Elle devrait l'intégrer dans la première catégorie d'actes puisque l'acte juridictionnel gracieux est juridictionnel. Tel n'est pourtant pas l'avis de la Cour qui assimile décision gracieuse et acte administratif ¹¹³. Deux arrêts de 1943 et de 1948 confirment cette jurisprudence ¹¹⁴.

Le principe traditionnel n'est pourtant respecté que formellement ; deux arrêts de 1933 et 1956 le prouvent ainsi que les considérants des arrêts susmentionnés ¹¹⁵.

Comme autorité de surveillance des enchères publiques (activité non contentieuse) un tribunal de district excède son pouvoir en statuant à cette occasion sur un différend de droit civil, relevant de la juridiction contentieuse. La Cour de cassation neuchâteloise reçoit le recours contre cette décision, motif pris qu'elle n'est administrative qu'en la forme, que sa matière est civile et contentieuse.

Le raisonnement est étrange. Selon la Cour, la qualité en laquelle agit le président du tribunal de district se détermine à la nature, à l'essence

¹¹¹ CCC V 5.

¹¹² CCC VI 40.

¹¹³ CCC V 587 ; VI 58.

¹¹⁴ CCC VI 149 ; 253.

¹¹⁵ CCC VI 20 ; RJN I 245.

de l'objet de sa décision : la réglementation des enchères publiques revêt un caractère administratif, donc, en ce domaine, le président du tribunal de district agit comme organe administratif. Comment la Cour peut-elle admettre d'une part que la nature de l'objet de la décision (administrative) dicte la qualité (administrative) de l'organe dont elle émane et d'autre part que la décision rendue par cet organe, en cette qualité, n'a qu'un caractère administratif formel ? Il serait plus exact de dire que la décision est formellement judiciaire, matériellement administrative !

Le raisonnement se justifie pourtant car la Cour considère successivement comme objet de la décision, la surveillance des enchères publiques et le différend de droit civil qui a surgi à cette occasion.

Moralité de cet arrêt ? Le pourvoi est recevable en tout cas contre les décisions non contentieuses viciées par un excès de pouvoir. La Cour de cassation s'est rendu compte de l'innovation. Elle fortifie encore sa manière de voir en s'écriant : « ... qu'elle ne peut pourtant pas laisser subsister une telle anomalie. »

Il suffit d'étendre ce raisonnement à d'autres ouvertures à cassation pour abolir le principe traditionnel. Cela n'a pas manqué de se produire.

Dans un arrêt du 22 juin 1956 ¹¹⁶, la Cour de cassation déclare « qu'il est inutile d'examiner si, par la requête du 27 mars 1956, le premier juge a été saisi en qualité d'autorité judiciaire ou administrative; qu'il s'est prononcé sur une contestation de caractère civil entre deux parties et qu'il a donc fait acte de juridiction contentieuse; qu'or, selon la jurisprudence, une décision de cette nature peut être l'objet d'un recours en cassation, quand bien même elle émane d'un président de tribunal appelé à intervenir comme organe administratif (ACCG VI 20); ... » En introduisant cette catégorie, qui laisse songeur, d'actes judiciaires, formellement administratifs et matériellement contentieux, la Cour de cassation exprime d'une manière détournée la règle simple de la recevabilité des voies de recours contre tout acte judiciaire, gracieux ou contentieux, qui affecte les intérêts et les droits des parties.

La Cour de cassation neuchâteloise s'exprime par ailleurs plus clairement : « Cette décision qui affecte les droits et intérêts des parties, ne saurait échapper au contrôle de la Cour de cassation de sorte que le présent recours est recevable » ¹¹⁷; « Les décisions prises par le président du tribunal de district dans cette activité ne sauraient affecter gravement les droits des héritiers les uns à l'égard des autres, de sorte qu'il n'est pas indispensable que ces décisions soient soumises au contrôle de la Cour de cassation » ¹¹⁸.

Finalement, l'acte gracieux s'entend des décisions judiciaires que les parties n'ont pas intérêt à attaquer en cassation. Or il existe, pour éliminer

¹¹⁶ RNJ I 245.

¹¹⁷ CCC VI 150.

¹¹⁸ CCC VI 58.

les recours contre de tels actes, une condition spéciale de recevabilité : l'intérêt. La condition résidant dans la nature matérielle de la décision attaquée doit disparaître.

La Cour de cassation a adopté malgré elle l'opinion de la doctrine moderne. Reste à souhaiter seulement qu'elle accorde ses paroles à ses actes.

Aucun texte ne s'oppose à la solution que nous préconisons. Nous nous demandons même si elle n'est pas impliquée par l'article 393 alinéa 1 et plus encore par l'article 396 alinéa 2 CPCN ¹¹⁹.

¹¹⁹ Notons que la Cour de cassation neuchâtelaise déclare recevable le pourvoi contre l'ordonnance d'exequatur (CCC V 540) en matière d'arbitrage; cette ordonnance n'est pourtant pas de nature contentieuse ! (Vizioz, p. 588, N° 290.)

LES CONDITIONS SUBJECTIVES DE RECEVABILITÉ

§ 1. LA QUALITÉ POUR RECOURIR.

La qualité pour recourir se distingue de la capacité d'être partie à une procédure de recours. Celle-ci est une condition de la validité de l'instance; elle se détermine *in abstracto*; on a ou on n'a pas la capacité d'être partie. Celle-là est une condition de recevabilité; elle s'apprécie en fonction d'une procédure particulière; on a qualité pour mener certains procès seulement. Nous traiterons ici de la qualité exclusivement.

La qualité pour agir et pour recourir ne pose pas fréquemment, en pratique, les problèmes difficiles qu'elle suscite en théorie. Il n'est pas excessif de placer la qualité au cœur des difficultés procédurales, voire même juridiques.

La qualité pour recourir n'a pas toujours été conçue comme aujourd'hui. A certaines époques, non seulement elle avait des points communs fondamentaux avec la qualité pour agir, mais encore elle ne s'en distinguait pas. La qualité pour recourir était une sorte de qualité pour agir. Dans l'ancien droit français et en droit romain, le droit de recours n'était pas attitré. Quiconque avait intérêt s'en servait, qu'il ait ou non été partie à la procédure antérieure ¹²⁰.

La qualité pour agir se détermine en considération du rapport entre une personne et un droit; la qualité pour recourir, en fonction du lien qui unit certaines personnes au procès. La qualité pour recourir fait partie de la notion plus générale de qualité pour agir. De même que celle-ci n'est pas invariablement réglée pour toutes les actions, celle-là a ses caractères propres.

La qualité pour recourir prolonge la qualité pour agir. Une personne ne peut être obligée à agir, en principe; de même elle ne peut être con-

¹²⁰ Roland, 16, 24, 171, 11, 12.

trainte à recourir. Les exceptions à la règle en matière d'actions valent en matière de recours. Les exceptions au principe dispositif n'ont d'ailleurs pas véritablement le caractère d'exception; elles confirment plutôt le principe et la notion de qualité esquissée en tête de ce titre. L'attribution de la qualité réalise un compromis, elle assure la protection de l'intérêt primordial. Les exceptions au principe dispositif ont exactement le même fondement. Il arrive que l'intérêt à une prestation et le droit d'en réclamer l'exécution se trouvent répartis sur deux têtes. L'intérêt doit être juridiquement protégé par la faculté, accordée à l'intéressé, de contraindre le titulaire du droit à réclamer l'exécution ou par la faculté d'agir lui-même dans ce sens ¹²¹.

Comme en matière d'actions, la qualité pour recourir s'apprécie en fonction de la qualité juridique du plaideur. Telle personne non qualifiée pour recourir en son propre nom sera recevable à recourir au nom d'autrui. Le tiers X cause des dommages à un tuteur et à son pupille au cours d'un accident dont il répond. Le tuteur intente deux actions en responsabilité, l'une en son nom, l'autre au nom du pupille. Dans le recours contre le jugement qui le déboute à l'un et l'autre titre, le tuteur devra prendre soin d'énoncer exactement ses qualités. Recourt-il en son propre nom, exclusivement, il est irrecevable à critiquer le dispositif qui le déboute dans l'action introduite au nom du pupille ¹²².

La qualité du plaideur devant le juge du recours ne peut être que celle en laquelle il a agi devant le juge du fond. Le tuteur a introduit l'action au nom de son pupille exclusivement; il est irrecevable à recourir en son propre nom. Il pourra par contre introduire ultérieurement une action en son propre nom, si sa prétention n'est pas prescrite.

La différence essentielle, séparant la qualité pour agir de la qualité pour recourir réside dans le fait que la première se détermine par la relation de la partie au droit déduit en justice, la seconde, du lien qui unit le recourant au jugement, voire à la partie du jugement attaqué. La titularité du

¹²¹ Il en est ainsi dans le domaine des droits de gage sur les créances, par exemple. A, débiteur, constitue en faveur de C, créancier, un droit de gage sur la créance qu'il a, par ailleurs, contre X. Si le contrat de gage n'accorde pas à C la faculté de recouvrer lui-même la créance de A contre X, ce droit appartient exclusivement à A. L'intérêt au respect de l'obligation et le droit d'en demander l'exécution se trouvent partiellement disjoints; non sans péril pour C. A peut se montrer négligent, sachant que la créance contre X ne lui rapporte rien, sinon l'extinction d'une dette... parmi d'autres. Il convient donc de protéger l'intérêt de C et de lui reconnaître qualité pour actionner X, ce que fait l'article 906 CCS. C peut non seulement contraindre A à agir, mais encore agir lui-même contre X. Outre la faculté de contraindre A à recourir, C a le droit de recourir lui-même contre le jugement défavorable pour A. (Von Tuhr, *Partie générale du code fédéral des obligations*, trad. MM. de Torrenté et Thilo, Lausanne 1931, p. 761. Commentaire zurichois, *Oftinger*, sous art. 906, p. 575.)

¹²² Roland, 109. DP 1916 I 259 : « Celui qui n'a formé un pourvoi en cassation que comme mandataire n'a pas qualité pour invoquer un grief qui lui est personnel. »

droit et la qualité coïncident en général¹²⁸. De même la qualité pour recourir est accordée à certaines personnes que le jugement affecte.

*

On exprime le principe en disant que pour recourir, il faut avoir été partie au procès. C'est le type de la règle routinière. Elle donne, en pratique, des résultats justes dans la majorité des cas. Elle est, en théorie, très inexacte et insuffisante. Il est concevable que des personnes parties au procès et au jugement soient irrecevables pour défaut de qualité ou, inversement, qu'étrangères à la procédure, voire au jugement, elles disposent d'un droit de recours.

Qu'est-ce que le procès ? C'est, tout d'abord, le fait de porter des droits substantiels au prétoire. C'est ensuite, et par ce fait même, ajouter à ces droits substantiels des droits de procédure (rapport juridique d'instance). C'est, enfin, obtenir une solution générale par un ou plusieurs jugements.

Il y a diverses manières de participer à la procédure.

Un premier sujet de droit prend part au rapport juridique d'instance mais reste étranger au rapport substantiel : le témoin.

Un deuxième, partie au rapport juridique substantiel et au lien d'instance, ne figure pas en nom dans le jugement : l'intervenant à titre conservatoire.

Un troisième participe au rapport juridique substantiel sans être appelé en justice. Tel, le codébiteur solidaire qui n'est pas actionné par le créancier.

Un quatrième figure en nom dans le jugement sans être partie au rapport substantiel ni à l'instance. Erreur de jugement.

Un cinquième, sans être partie à l'instance et sans figurer en nom dans le jugement participe au rapport substantiel et est touché par une extension de l'autorité de la chose jugée.

L'énumération est exemplative. Elle suffit à persuader que la répartition des justiciables relativement au procès, en une catégorie de tiers et une catégorie de parties, ne correspond pas à la réalité et s'avère en tout cas très difficile.

Est véritablement partie au procès le sujet de droit qui participe aux trois rapports, substantiel, d'instance et de jugement. Le véritable tiers, au contraire, celui qui est étranger à ces trois liens juridiques. Ces conditions se trouvent en pratique souvent réalisées; c'est pourquoi la règle qui attache la qualité pour recourir à la qualité de partie est viable. Mais entre les

¹²⁸ Glasson, Tissier et Morel, I, 437 : « La question de savoir si une personne a le droit d'agir ou comme on dit aussi si elle a qualité pour agir, se ramène le plus souvent à la question de savoir si elle est titulaire du droit dont elle réclame la protection. » TC I 153.

tiers et les parties, il y a de nombreux cas intermédiaires qu'il faut pourtant qualifier : tiers ou parties ?

Il est impossible d'épuiser le sujet. La procédure neuchâteloise, en raison de l'étroitesse du territoire sur lequel elle s'applique, n'a pas été appelée à trancher les cas hybrides. Il n'est pas possible ainsi d'induire des cas pratiques des principes de solution. On peut néanmoins donner des directives générales.

La seule qualité de partie au rapport substantiel ne constitue pas un titre suffisant pour recourir. Dans toute la mesure où l'autorité et les effets du jugement sont relatifs, celui-ci reste une feuille de papier blanc, selon l'expression de Chauveau, pour les personnes étrangères à la procédure. Leurs droits restent impréjugés. Mais la règle ne vaut plus, à notre sens, lorsque la vertu du jugement s'étend jusqu'aux limites subjectives du rapport substantiel, lorsqu'elle rend incontestable et certain le droit d'une personne non partie au procès.

Le procès en matière de solidarité passive est l'exemple adéquat pour débattre cette question, parce que les auteurs se disputent sur l'étendue subjective de l'autorité et des effets du jugement qui y met fin. On peut étendre ou restreindre à volonté l'étendue du jugement relatif à la dette d'un codébiteur solidaire¹²⁴. Le codébiteur non actionné personnellement a-t-il le droit de recourir contre le jugement qui condamne un autre codébiteur en faveur du créancier ?

Si le créancier a le droit d'invoquer contre le débiteur étranger au procès le jugement condamnant le débiteur partie, la qualité pour recourir ne peut être refusée au débiteur étranger. L'extension de l'autorité et des effets du jugement lui cause en effet un grief. Si A, débiteur condamné, détermine par ses actes le sort des dettes de B et C, autres débiteurs solidaires (relativement aux moyens communs de défense), pourquoi B et C ne pourraient-ils pas, en recourant, modifier à leur tour le sort de la dette de A ? On objecte que le jugement au nom de A ne peut être attaqué par B; l'argument est purement formel; si le jugement contre A vaut dans la même mesure contre B et C, ceux-ci sont aussi recevables à l'attaquer; ils obtiendront un jugement opposable au débiteur A. On objectera que B et C sont *forclos* pour n'avoir pas agi plus tôt. Mais cette circonstance ne leur est pas imputable; ils peuvent même, sans leur faute, tout ignorer de la procédure entre A et le créancier.

Si en revanche, l'autorité et les effets du jugement sont relatifs, la solution inverse s'impose.

La seule participation au rapport d'instance ne donne pas le droit de recourir contre le jugement qui la termine ou contre les jugements incidentels rendus en son cours.

¹²⁴ Kummer, 173; Roland, 96, 358.

Le fait de figurer en nom dans le jugement joue le rôle prépondérant dans l'attribution de la qualité pour recourir. Quiconque figure au jugement, ne fût-ce qu'à la suite d'une erreur, a qualité pour recourir. La seule mention du nom n'est pas déterminante (le témoin cité par son nom dans le jugement n'y figure pas « en nom » au sens technique des termes, il n'est pas partie au jugement). Il faut pour cela que le jugement tranche les prétentions de la personne qu'il mentionne. Après avoir déclaré¹²⁵ : « qu'il faut être partie à l'instance ayant abouti à un jugement pour pouvoir se pourvoir en cassation contre celui-ci », la Cour de cassation française a rectifié l'expression de sa pensée¹²⁶ : « ne fait pas obstacle à la recevabilité d'un pourvoi en cassation le fait par le demandeur de n'avoir été ni partie, ni représenté à l'instance ayant abouti à la décision attaquée, du moment qu'il a fait directement et nominativement l'objet d'une condamnation ».

*

La Cour de cassation neuchâteloise a jugé récemment que les consorts nécessaires n'avaient pas qualité pour recourir séparément. Pour être recevables, les consorts doivent recourir conjointement. « Si une affaire nécessite une action commune, aucun des consorts n'a qualité pour recourir ou être intimé seul »¹²⁷.

Le fait qu'un seul des consorts nécessaires recoure, ou soit intimé, constitue-t-il un vice dans la qualité pour recourir ou dans la capacité d'être partie à une instance de recours ? L'irrégularité affecte, semble-t-il, en premier lieu la capacité et par contrecoup seulement la qualité. Le lien qui unit les consorts nécessaires est une sorte de personnalité restreinte, distincte de celle des entités qui la composent. Le droit de recours est refusé au consort nécessaire agissant seul non pas parce qu'il serait dans un rapport trop lâche avec le droit déduit en justice et le jugement, mais parce que l'entité juridique titulaire des droits et affectée par le jugement est exclusivement l'ensemble des consorts nécessaires. Le consort a, dans d'autres procès, pleine capacité d'être partie, mais relativement à celui-ci il est un néant juridique. L'irrégularité en question affecte donc, avant tout, la validité de l'instance. Pour ce motif déjà la Cour de cassation ne devrait pas être toujours inexorable lorsque le consort plaide seul devant elle. Le fait que les consorts nécessaires n'ont pas tous manifesté durant le délai leur volonté de recourir ne devrait pas conduire immédiatement à l'irrecevabilité.

La sanction de cette informalité dépend des circonstances. Il faut distinguer deux situations :

¹²⁵ BACCC 1947 p. 127 N° 123.

¹²⁶ BACCC 1952 III p. 206 N° 268.

¹²⁷ RNJ II 101. Le TF exprime un avis différent : ATF 82 II 1 ; JT 1956 I 322.

Le recourant n'intime pas, à tort, tous les consorts nécessaires.
Un consort nécessaire recourt seul.

Il est juste de déclarer irrecevable le recourant qui n'intime pas tous les consorts nécessaires devant la Cour de cassation. L'erreur est imputable au demandeur seul. L'intention de recourir doit se manifester dans un délai péremptoire. La jurisprudence française consacre cette solution; lorsque le recourant ne procède pas régulièrement contre tous ses adversaires, la jurisprudence la plus récente décide que le pourvoi est irrecevable, même à l'égard des consorts nécessaires auxquels il a été notifié¹²⁸.

Le consort nécessaire qui se pourvoit seul suscite un problème délicat. Sans doute ne faut-il pas qu'il obtienne un jugement opposable aux autres consorts nécessaires. Le droit entrave le recours d'un seul consort nécessaire pour ce motif. Mais n'est-il pas tout aussi anormal que le consort qui s'abstient d'agir ou de recourir impose aux autres sa volonté négative ?

Il n'est pas possible de savoir *in abstracto* laquelle des volontés positive et négative doit l'emporter. Tout dépend du rapport juridique de base qui unit les consorts nécessaires. L'obligation de plaider à titre de consorts nécessaires peut se justifier par le souci d'obtenir un consentement unanime à l'engagement judiciaire, dans certaines communautés. La volonté négative doit alors prévaloir. Dans d'autres, au contraire, cette nécessité est édictée afin d'éviter des solutions contradictoires, pour des motifs purement pratiques et non dans le souci de protéger un droit individuel ou la volonté de chacun. C'est pourquoi un héritier, par exemple, peut faire nommer un représentant de la communauté héréditaire qui décidera objectivement si l'action à propos de laquelle les héritiers se disputent sera ouverte ou non. Mais l'acte de recours doit être accompli dans un délai bref. Il faut alors admettre qu'un héritier introduise seul, valablement, un recours comme représentant de la communauté pour les actes urgents, soit parce qu'il n'est pas possible de recueillir l'unanimité avant l'expiration du délai, soit dans l'attente de la nomination d'un représentant légal. Tel est l'avis du Tribunal fédéral : « Dans les cas urgents, où l'intérêt d'une communauté exige une action rapide, chaque héritier est habile à agir, sous sa propre responsabilité, au nom et comme représentant de la dite communauté, et notamment à ester en justice. Sont considérés comme cas urgents les cas dans lesquels il importe d'observer un délai de courte durée... le droit d'un héritier de représenter la communauté cesse dès que l'urgence elle-même a cessé; il appartiendra alors à tous les héritiers en commun, ou bien au représentant désigné par l'autorité, d'agir et notamment de continuer le procès une fois le délai sauvegardé. »¹²⁹ Selon cette jurisprudence, l'héritier n'est pas gérant d'affaire. Il agit comme représentant légal de la communauté, fondé sur l'article 602 al. 2 CCS.

¹²⁸ S 1917 I 83, note 1.

¹²⁹ ATF 58 II 195; JT 1933 I 561.

Le droit de procédure italien prévoit la possibilité de régulariser l'introduction d'un recours par ou contre quelques-uns seulement des consorts nécessaires, au moyen de l'*integrazione del contraddittorio*¹³⁰. Le juge fixe un délai durant lequel les parties omises doivent, sous peine d'irrecevabilité, être intégrées à la procédure.

Le droit allemand et la jurisprudence française comportent des solutions dans ce sens. L'acte accompli à temps par l'un des consorts préserve les autres de la déchéance¹³¹.

En certaines circonstances, ces principes devraient servir d'exemple en droit neuchâtelois.

*

Les consorts volontaires sont indépendants les uns des autres. Le recours de l'un d'eux ne profite et ne nuit qu'à lui¹³².

*

Le droit de recours se transmet avec le droit constaté ou dénié par le jugement¹³³. Il est compris dans la succession pour cause de mort lorsque le procès porte sur des droits transmissibles ou sur des droits devenus tels par l'ouverture d'une action. Il peut être compris dans toute autre succession, à titre universel ou à titre singulier.

Certains droits sont transmissibles pour eux-mêmes. Les droits d'action et de recours qui les garantissent le sont naturellement aussi, en qualité de droits accessoires.

D'autres sont intransmissibles. Il en est de même alors des actions et autres droits accessoires. Telle est la qualité de sociétaire de l'article 70 alinéa 3 CCS. Le jugement qui déboute le demandeur de son action en constatation de qualité d'associé, n'est pas attaquant par la communauté héréditaire dans l'hypothèse où le prétendu associé meurt d'une attaque en prenant connaissance du jugement.

Enfin certains droits deviennent transmissibles lorsqu'ils ont fait l'objet d'une action en justice. Les droits de recours sont alors aussi transmissibles. Cette catégorie se justifie par l'idée que les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice¹³⁴.

Le droit positif connaît en outre des cas *sui generis* de succession en matière d'exécution forcée.

¹³⁰ CPCIt. art. 102, 331.

¹³¹ CPCAl. art. 62; S 1920 I 366.

¹³² CCG VI 251; BACCC 1949 p. 187 N° 126; BACCC 1949 p. 1168 N° 1078.

¹³³ Glaason, Tissier et Morel, III, 456; 1, 426; Guldener, Zpr., 329, 335, 505; th., 52; Roland, 356, 377; Faye, 69.

¹³⁴ Art. 93 al. 2 CCS, par exemple.

L'administration de la faillite peut recourir contre le jugement rendu contre le débiteur avant l'ouverture de la faillite ¹³⁵.

La jurisprudence accorde la qualité de partie au cessionnaire de droits litigieux, bien qu'il ne soit que le représentant de la masse et du failli ¹³⁶.

*

L'existence d'un droit indépendant de recours en faveur de l'intervenant au procès est controversée en doctrine. Les législations ne se préoccupent pas de la question. Elle ne se présente pas souvent en pratique car l'intervenant et la partie principale agissent de concert.

L'intervention principale se distingue de l'intervention conservatoire. L'intervenant principal est une nouvelle partie au procès; il jouit de tous les droits inhérents à la qualité de partie ¹³⁷. L'intervenant purement conservatoire n'est pas une nouvelle partie au procès. Il vient se placer aux côtés d'un des litigeants originaires. Faut-il lui reconnaître un droit de recours personnel ?

Aucune limite précise ne sépare ces deux modes d'intervention, bien qu'ils soient, à première vue, parfaitement distincts. L'intervenant autorisé à déposer des conclusions est-il principal ou conservatoire ? l'un et l'autre probablement. Il est intervenant principal dans la mesure où il allègue un nouveau droit en justice; intervenant conservatoire, dans la mesure où il s'allie seulement à l'une ou l'autre des parties.

Le problème présente des aspects paradoxaux. L'intervenant, en droit neuchâtelois, a un rôle purement conservatoire; il ne lui est pas permis, en effet, de déposer des conclusions; le jugement est rendu au nom et pour le compte de la partie au côté de laquelle il intervient. Cela résulte de l'article 51 CPCN. Mais, le tribunal ne statue-t-il pas alors sur des conclusions implicites ? Lorsque la caution est intervenue au côté du débiteur principal, le jugement rendu au nom et pour le compte du débiteur principal est opposable à la caution relativement à l'existence de la dette principale. Pour produire cet effet de l'intervention dans un procès entre caution et créancier, il faut que la caution conclue à l'inexistence de la dette principale.

L'idée même de l'intervention et sa réalisation technique ne sont pas clairement perçues ni logiquement accomplies par le législateur. Il y a une véritable contradiction entre le fait que le jugement est rendu au nom de la partie principale exclusivement et le fait qu'il statue néanmoins, par

¹³⁵ Jäger, *Commentaire de la LF sur la poursuite pour dettes et la faillite*, éd. française, MM. Petitmermet et Bovay, sous art. 207, p. 186.

¹³⁶ Jäger, *op. cit.*, sous art. 260, p. 382.

¹³⁷ Glasson, Tissier et Morel, I, 626.

l'extension de ses effets, sur tout ou partie des droits de l'intervenant. Ce prononcé est implicite; il est pourtant réel.

La contradiction est particulièrement nette en matière de dettes solidaires. A, codébiteur, est défendeur dans un procès; B, autre codébiteur, intervient à ses côtés. Le jugement qu'obtient le créancier est opposable à B relativement à sa propre obligation qui, pour être solidaire de celle de A, n'en est pas moins une autre dette.

L'intervention, au service de la concentration des litiges apparentés dans une même instance, devrait permettre à chacun de faire valoir ses droits dans toute la mesure où cette faculté n'est pas utilisée à des fins dilatoires. Le droit neuchâtelois ne satisfait pas à cette exigence. L'utilisation rare de l'intervention le prouve. Il serait préférable que l'intervenant soit autorisé à déposer des conclusions, d'autant plus que la raison d'être de l'intervention est d'intégrer dans la même instance la situation litigieuse le plus complètement possible, dans toutes ses ramifications.

La position procédurale véritable de l'intervenant conservatoire ne correspond pas à la position formelle que lui assigne le droit positif. C'est pourquoi il s'avère si difficile de savoir si l'intervenant dispose d'un droit personnel de recours contre le jugement au nom de la partie pour laquelle il est intervenu.

La doctrine est flottante.

Garsonnet et Cézair-Bru reconnaissent très généralement ce droit à l'intervenant conservatoire : « Le principal avantage de l'intervention est d'écarter l'application de la règle *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest*. L'intervenant est partie au procès, et le jugement conforme ou contraire à ses prétentions est commun entre lui et les parties principales. Dans un cas, il l'invoque au lieu de faire juger à nouveau le point de droit résolu en sa faveur; dans l'autre, il ne peut éviter l'application de la chose jugée en formant tierce opposition ou en excipant de la qualité de tiers qu'il a perdue : les voies de recours lui sont ouvertes comme aux parties principales, et c'est par là, seulement, qu'il peut attaquer le jugement »¹³⁸.

Glasson, Tissier et Morel refusent le droit d'utiliser les voies de recours à l'intervenant, tout en constatant l'avis contraire de la jurisprudence¹³⁹.

Le droit français étend l'autorité du jugement à l'intervenant. Au contraire, le droit allemand soumet l'intervenant à des effets voisins de l'autorité du jugement : les effets de l'intervention. Il lui reconnaît un droit de recours en faveur du plaideur pour lequel il est intervenu¹⁴⁰.

MM. Redenti et Guldener admettent que l'intervenant use des voies de recours à la disposition des parties¹⁴¹, contrairement à Morel¹⁴².

¹³⁸ Garsonnet et Cézair-Bru, III, p. 194, N° 573; VI, p. 26, N° 13 et p. 620, N° 352.

¹³⁹ Glasson, Tissier et Morel, I, 632.

¹⁴⁰ Lent, § 84, IV, V.

¹⁴¹ Redenti, II, 317; Guldener, Zpr., 276, 279, 506; th., 51; Helberg, 29.

¹⁴² Morel, N° 369, p. 303, ch. 5.

Il faut accorder à l'intervenant le droit de recourir personnellement et indépendamment, dans toute la mesure où le jugement tranche explicitement ou implicitement les droits dont il est titulaire.

Le créancier C actionne le débiteur solidaire A. B intervient. Le jugement condamne A; il vaut envers B. Si un seul des débiteurs solidaires recourt et obtient un jugement plus favorable, l'autre reste lié par le premier jugement. En cas de contestation relative au rapport interne, au droit obligationnel de recours d'un des débiteurs contre l'autre, un nouveau jugement est alors nécessaire; il réappréciera le problème dans son ensemble aux fins de juger exclusivement le droit de recours obligationnel déduit en justice. En effet, les deux débiteurs sont parties à deux jugements différents; ni l'un ni l'autre de ceux-ci ne saurait prétendre régler le rapport « interne » des débiteurs solidaires.

Cette manière individualiste de faire n'est évidemment pas à conseiller. Elle met à néant les avantages que procure l'intervention. Elle cause trois procédures, exactement comme s'il n'y avait pas eu d'intervention. En l'absence d'intervention, C, après avoir actionné A, aurait actionné B dans un second procès, et les débiteurs se seraient ensuite disputé leurs droits réciproques.

Si l'intervenant (caution, par exemple) ne défend pas un droit propre, mais seulement la situation juridique du défendeur (débiteur principal), dont dépend en partie sa propre dette, le droit procédural de recours est plus discutable. Il doit pourtant aussi être reconnu. La pesée d'intérêts qui commande l'attribution des qualités le démontre.

Le créancier poursuit le débiteur. La caution intervient. Le litige porte sur l'existence de la dette principale. Il est possible que l'intérêt le plus fort à ce que la dette principale soit niée repose sur la tête de la caution, bien que le titulaire passif du droit principal soit le débiteur exclusivement : celui-ci est peut-être un panier percé. Le droit indépendant de recours est alors pour la caution le seul moyen de se tirer d'affaire. Si elle obtient par cette voie reconnaissance de l'inexistence de la dette principale, elle est justement libérée de son obligation accessoire. Le débiteur reste lié au jugement qu'il n'a pas voulu attaquer.

Ce droit de recours indépendant et personnel présente un inconvénient majeur. Il soustrait à l'autorité d'un unique jugement les problèmes et les plaideurs que l'intervention avait rassemblés. Il dissocie ce qu'avait uni l'intervention. Mais cet inconvénient comporte un avantage. Il tempère l'intégration qui se réalise sans que, par elle, les droits déduits en justice soient mis en péril.

Il convient de reconnaître un droit de recours personnel et indépendant à l'intervenant purement conservatoire. Son recours ne profite et ne nuit qu'à lui, s'il ne représente pas simultanément au procès la partie principale (art. 43 et 44 CPCN).

*

Un droit semblable compète au dénoncé ¹⁴³. S'il représente le dénonçant en justice, le litige traversera les instances sans divergence entre le dénoncé et le dénonçant. S'il joue seulement le rôle d'intervenant, il dispose des droits reconnus à celui-ci. Si, en raison de recours indépendants, dénoncé et dénonçant se trouvent finalement parties à des jugements différents, leur rapport interne, en cas de contestation (le dénoncé nie le droit obligationnel de recours du dénonçant, par exemple), fera l'objet d'un nouveau jugement.

*

Le droit neuchâtelois ignore le pourvoi dans l'intérêt de la loi qui habilite le ministère public à recourir dans l'intérêt exclusif de la saine application du droit et l'uniformité de la jurisprudence. La cassation dans l'intérêt de la loi sauvegarde les intérêts doctrinaux. Elle n'a pas d'autres fonctions. Les parties restent liées par le jugement cassé dans l'intérêt de la loi; il vaut entre elles comme transaction, en droit italien comme en droit français ¹⁴⁴. Ce recours académique, inconnu du droit allemand, est rarement utilisé. Parfois, il présente pourtant un intérêt. Il n'y aurait aucun obstacle à l'introduire en droit neuchâtelois puisqu'il ne nuit ni ne profite aux parties. Il ne paraît pourtant pas urgent ni très utile de l'instituer.

*

Le droit neuchâtelois ne connaît pas non plus le pourvoi français pour excès de pouvoir, intenté par le ministère public sur ordre du ministre de la Justice. Contrairement au recours dans l'intérêt de la loi, le pourvoi pour excès de pouvoir déploie les effets du pourvoi en cassation ordinaire; il touche les parties. La disposition ¹⁴⁵ qui traite des pouvoirs du procureur général en matière civile serait suffisamment large pour le comprendre, mais il ne présenterait pas une réelle utilité dans un petit pays tel que le nôtre.

*

En tant qu'elles agissent en l'une des qualités susmentionnées, comme partie, comme consort nécessaire ou volontaire, comme intervenant principal ou conservatoire, comme successeur à titre singulier ou à titre universel, ou comme dénoncé, les autorités ont évidemment le droit d'user des voies de recours.

¹⁴³ Morel, N° 377, p. 307; Glasson, Tissier et Morel, I, 640, 641.

¹⁴⁴ Faye, 445 ss; Chenon, 110 ss; Bonnacase, 93, 94, 95, 106; CPCIt. art. 363. Loi du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation française, art. 51.

¹⁴⁵ Loi d'introduction neuchâteloise au CCS, art. 13.

§ 2. L'INTÉRÊT.

L'intérêt est la mesure du droit d'action et du droit de recours ¹⁴⁶. L'intérêt à recourir entre dans la notion plus générale d'intérêt à agir. Il doit satisfaire aussi aux conditions traditionnelles établies par la doctrine en matière d'actions. Pour recourir, il faut avoir un intérêt personnel, direct, né, actuel et juridique.

L'intérêt à recourir se distingue de l'intérêt à agir comme la qualité pour recourir de la qualité pour agir. L'intérêt à recourir s'examine au regard du jugement et non de la prétention déduite en justice. La question de l'intérêt n'occupe pas la même place devant le juge du fond et devant le juge du recours. Le plaideur déclaré irrecevable en son action pour défaut d'intérêt a un intérêt incontestable à recourir. La question préjudicielle devant la juridiction inférieure devient le problème de fond devant la juridiction supérieure.

*

L'intérêt doit être personnel et direct, à titre actif et à titre passif. Le perdant a le droit de recourir seulement contre les chefs du jugement qui lui nuisent personnellement et directement. Il ne peut intimer que l'adversaire qui bénéficie personnellement et directement de la condamnation.

L'intérêt d'un plaideur s'oppose toujours à celui d'un autre plaideur. Cette condition réalise ainsi, jusque dans ses dernières limites, le principe de la contradiction. Elle règle non pas la position générale du combat, mais les données d'un corps à corps. La condamnation aux dépens, par exemple ¹⁴⁷, charge un plaideur et, simultanément, en dégrève un autre. Elle suscite un intérêt à attaquer ce chef du jugement en même temps qu'un intérêt à le défendre. L'avocat qui se voit refuser la distraction des dépens est désavantagé par rapport à la partie à laquelle ils sont alloués. C'est contre celle-ci qu'il devra recourir.

Un plaideur peut avoir intérêt à intimer devant la Cour de cassation un tiers au procès devant le juge du fond. Une jurisprudence française constante ¹⁴⁸ déclare que l'amende de fol appel, étant étrangère à la partie adverse, n'est pas susceptible de pourvoi. Il est certain, en effet, que l'adverse partie ne bénéficie pas de l'amende; elle n'a donc pas intérêt à défendre au recours. Elle est seulement titulaire d'un intérêt indirect si cette condamnation lui apporte une satisfaction morale. La Cour de cassation neuchâ-

¹⁴⁶ Guldener, Zpr., 508; th., 55; Hofmann, 209; Clerc, 145; Rosenberg, § 134 II 2; Crépon, 563; CCC VI 122, 241; RJN I 310; Kummer, 29; ATF 85 II 286 cons. 2; JT 1960 I 216.

¹⁴⁷ CCC du 30 mai 1928, N° 1188 (Racine/Schnegg): « La fixation des dépens par le juge doit être considérée comme une décision susceptible de recours. »

¹⁴⁸ BACCC 1949 N° 139, 106, 199; BACCC 1951 N° 142.

teloise en a décidé semblablement à propos de l'amende qui frappe le témoin pour défaut de comparution ¹⁴⁹. Dans les deux cas néanmoins, la partie condamnée pour défaut ou témérité pourrait souffrir d'une erreur de droit, de sorte que la jurisprudence est assez injuste... au profit du bénéficiaire de l'amende. Sans doute, le lésé ne saurait-il être autorisé à intimer l'Etat. Mais rien n'exclut une procédure unilatérale devant la Cour de cassation. En droit neuchâtelois elle est même prévue par l'article 396 al. 2 GPC.

L'intérêt à ce qu'une jurisprudence ne se forme pas dans un certain sens n'est pas en principe un intérêt direct et personnel ¹⁵⁰.

*

L'intérêt doit être né et actuel. Cette exigence ne crée pas en matière de recours les difficultés qu'elle suscite en matière d'action.

A quel moment de la procédure l'intérêt à recourir doit-il exister ? L'intérêt qui existe au moment où le jugement est rendu mais disparaît avant l'introduction du recours suffit-il ? La doctrine ne répond pas unanimement.

Selon MM. Rosenberg, Glasson, Tissier et Morel ¹⁵¹, le recourant doit avoir intérêt au moment de l'introduction du recours.

Selon Faye ¹⁵², « l'arrêt ne pouvant être cassé que pour violation de la loi imputable au juge qui l'a rendu, il faut se placer pour apprécier s'il y a grief, au moment où la décision est intervenue, sans tenir compte des événements ultérieurs qui auraient pu le faire naître ou le faire disparaître... ». Le même auteur ajoute néanmoins : « L'intérêt cesse quand le demandeur a reçu depuis l'arrêt une entière satisfaction. Le défendeur pourra donc toujours arrêter le pourvoi... »

Garsonnet et Cézard-Bru opinent dans le même sens : « Peu importe, aussi, que l'intérêt qui existait au jour de la condamnation ait disparu au moment où elle introduit son recours. ... mais le pourvoi n'est plus recevable s'il est dirigé contre certains points du litige qui, depuis l'arrêt, ont fait l'objet d'un arrangement amiable. » ¹⁵³

Les auteurs confondent deux choses différentes : le moment auquel il faut se placer pour savoir si le juge a commis une erreur de droit et celui auquel il faut se placer pour déterminer l'intérêt du plaideur. Lorsque la Cour de cassation recherche si le tribunal a commis une erreur de droit, elle juge le juge. Elle doit donc se placer dans son optique. Lorsqu'elle apprécie l'intérêt du recourant, elle juge de l'utilité de la procédure. Celle-ci doit se

¹⁴⁹ GCC du 25 février 1927 (Comptoir d'escompte/Jampen)

¹⁵⁰ Morel, N° 30.

¹⁵¹ Rosenberg, § 134 II 2; Glasson, Tissier et Morel, III, 456 : « Pour apprécier s'il y a grief, il faut se placer au moment où le jugement attaqué a été rendu. »

¹⁵² Faye, 73, 74.

¹⁵³ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, 624.

prolonger dans le temps. L'intérêt à recourir doit alimenter la procédure de recours depuis son introduction jusqu'à sa clôture. La procédure qui n'a plus d'objet cesse; le titulaire d'un droit strictement personnel et intransmissible plaide devant la Cour de cassation; il meurt; la procédure s'arrête. De même, la procédure qui n'a plus d'intérêt doit être d'office interrompue. La nécessité que l'intérêt soit né et actuel exclut non seulement la possibilité d'un recours préventif, mais aussi le pourvoi et tout autre recours dans un intérêt qui a péri.

*

L'intérêt doit être juridique. Il ne suffit pas qu'il soit de fait. Le recourant doit être lésé dans ses droits. Cette condition est toujours réalisée en matière de recours pour un perdant. Le jugement n'admet pas intégralement ses conclusions. Il le touche donc dans ses droits.

*

L'intérêt peut être matériel ou moral. Il n'est pas nécessaire que l'intérêt matériel soit important. Un intérêt matériel, si minime soit-il, suffit à justifier un pourvoi. L'appel s'accommode d'un minimum litigieux; le pourvoi nullement. L'intérêt moral est plus difficile à définir. Il est donné, sans doute, lorsque le perdant recourt contre un dispositif ordonnant la publication du jugement; peu importe que ce dispositif ne cause de grief d'ordre patrimonial au recourant.

Le plaideur qui se pourvoit pour erreur de droit justifie-t-il d'un intérêt moral suffisant ?

Dans un jugement civil, A est déclaré, à tort, responsable de la mort de B. Il est condamné à des dommages-intérêts ou à une somme d'argent à titre de réparation morale. Dans leur affliction, les proches de la victime renoncent subitement à se prévaloir du jugement; ils en paient même les frais. A n'a plus d'intérêt matériel à se pourvoir. Justifie-t-il encore d'un intérêt moral suffisant ? Une réponse affirmative s'impose, à notre sens.

Mais cet intérêt existerait-il aussi dans un domaine purement patrimonial ? A poursuit B en exécution d'un prétendu contrat. Il triomphe. Apprenant certaines circonstances de la vie de B, il renonce au bénéfice du jugement dont il paie les frais. Cette condamnation (peut-être injustifiée) et l'acte de charité de A lèsent les sentiments moraux d'un débiteur scrupuleux (il n'est pas exclu que B le soit).

Il ne paraît pas possible de donner des directives générales. La Cour de cassation doit apprécier *in concreto* si l'intérêt moral suffisant existe ou non, en se plaçant au point de vue de l'homme « moyen » ¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Kummer, 33.

La justice ne protège pas l'intérêt purement doctrinal, de science juridique ¹⁵⁵. La partie déboutée, fût-elle juriste passionnée, est irrecevable à recourir afin d'éprouver le fondement juridique de sa prétention, alors que, pour quelque motif (renonciation de l'adversaire, confusion des qualités), le jugement ne lui porte plus aucun préjudice moral ou matériel.

Le jugement qui accueille toutes les conclusions d'une partie ne peut être attaqué par elle ¹⁵⁶. Il en va de même du jugement qui accueille toutes les conclusions principales et n'examine pas les conclusions subsidiaires. A notre avis, le gagnant a intérêt à recourir contre le jugement qui ne donne droit qu'à ses conclusions subsidiaires, après avoir rejeté les conclusions principales.

*

La règle qui prohibe le recours du gagnant engendre, parfois, des cas difficiles dans les systèmes juridiques qui connaissent la cassation partielle et ignorent le pourvoi par voie de jonction.

Un plaideur obtient toutes ses conclusions. Il est irrecevable à recourir, bien qu'il ait échoué dans certains moyens invoqués à l'appui de ses prétentions. Le perdant demande et obtient la cassation du jugement dans la mesure des griefs qu'il lui cause. Le jugement de renvoi examinera seulement la partie anéantie de la décision cassée. Le gagnant risque, ainsi, d'être condamné sur la base des moyens dont il a été débouté (à tort peut-être) par le premier juge et pour lesquels il n'était pas recevable à recourir, ayant obtenu toutes ses conclusions.

A actionne C en dommages-intérêts. Il invoque cumulativement la responsabilité délictuelle et contractuelle. Le juge ne retient pas la responsabilité délictuelle (à tort) mais condamne (à tort aussi) C sur la base de la responsabilité contractuelle. A obtient les dommages-intérêts qu'il demande. Il n'a pas intérêt à recourir contre le jugement. C se pourvoit et obtient la cassation dans la mesure de son intérêt. Celle-ci ne touche pas la partie du jugement qui rejette la responsabilité délictuelle, mais seulement celle qui admet la responsabilité contractuelle. A ne sera pas admis à discuter devant le juge de renvoi sa prétention en dommages-intérêts pour acte illicite, définitivement rejetée par la partie non anéantie du premier jugement. Or, le premier juge a aussi commis une erreur dans l'appréciation de ce moyen.

Sous l'empire du code de procédure de 1865, la doctrine et la jurisprudence italiennes ont reconnu au gagnant, pour sortir de l'impasse, le droit d'introduire un recours conditionné. De cette manière, les Cours de cassation étaient en mesure d'examiner le moyen dénié au gagnant devant le juge du fond, si elles accueillait le pourvoi du perdant.

Cette difficulté ne se produit pas en droit neuchâtelois à cause du système de la cassation totale, ni dans les ordres juridiques qui ont adopté le pourvoi

¹⁵⁵ Encyclopédie Dalloz, *Cassation*, N° 359.

¹⁵⁶ CCC VI 241.

par voie de jonction, pour peu qu'ils aient une conception assez large de l'intérêt à recourir et ne s'en tiennent pas strictement au principe que le gagnant est toujours sans intérêt.

*

Les parties n'ont pas intérêt à invoquer en cassation les vices qui les favorisent. La partie partiellement gagnante ne peut invoquer l'erreur de droit qui l'avantage ¹⁵⁷. Elle est recevable à recourir pour vice de forme si le jugement ne contient pas une motivation du grief qu'il lui cause. Elle est irrecevable, au contraire, s'il n'indique pas la raison pour laquelle elle n'a pas été entièrement déboutée.

Dans l'appréciation de l'intérêt à recourir, la Cour de cassation considère seulement l'intérêt à l'annulation du jugement attaqué. Elle n'apprécie pas l'intérêt final du recourant même si elle se trouve en mesure de le faire. La partie condamnée partiellement par jugement insuffisamment motivé a intérêt à se pourvoir pour vice de forme, même si, par ailleurs, le jugement est affecté d'une erreur de droit qui lui épargne une condamnation totale. Contrairement à l'appel, le pourvoi s'avère ainsi une arme à double tranchant, surtout lorsqu'il aboutit à la cassation totale. Il implique un risque : une condamnation *in pejus* devant le juge de renvoi. Il appartient aux parties de s'en servir opportunément.

¹⁵⁷ Glasson, Tissier et Morel, III, 56.

Chapitre IV

LA DÉCHÉANCE DU DROIT DE RECOURS

§ 1. LE DÉLAI DE RECOURS.

Comparé aux délais français, italien et allemand, le délai pour se pourvoir est très court en droit neuchâtelois : dix jours. La simplicité de l'organisation judiciaire et l'étroitesse du territoire permettent cette brièveté.

La nécessité des délais existe dans tous les droits. Il faut comprimer leur longueur tant que faire se peut. Mais des circonstances de fait et de principe (respect des droits de la défense par exemple) contrecarrent le besoin impérieux de les restreindre. Une technique des délais est née, permettant leur adaptation, leur diversification et la réalisation d'un compromis entre les exigences opposées. Le droit italien, par exemple, ne connaît pas moins de trois délais délimitant le temps pour se pourvoir ou pour appeler. Un délai long (maximum) d'un an court dès la publication du jugement. Les parties hâtent le moment de la certitude en notifiant le jugement : par cet acte, un délai bref, de quelques dizaines de jours, se substitue au délai long. L'introduction du recours modifie encore le délai durant lequel l'adversaire peut attaquer le jugement de son côté, en le restreignant en général ¹⁵⁸.

Si la théorie des délais n'est pas la plus captivante, elle est d'une importance primordiale. Elle est un facteur essentiel du bon fonctionnement de la justice.

*

Le délai de recours est, dans tous les systèmes considérés, un délai de déchéance et non de prescription ¹⁵⁹. Il atteint le droit déduit en justice et non seulement le moyen de faire valoir ce droit en justice, lorsqu'il est expiré. La prescription serait inadéquate; elle ne permettrait pas d'atteindre la certitude à laquelle tend l'acte juridictionnel. Le délai de déchéance satisfait l'exigence d'acheminer au plus vite le jugement à l'irrévocabilité. Il met obstacle à la possibilité d'exciper après son expiration des vices de

¹⁵⁸ Redenti, II, 322, 325, 336.

¹⁵⁹ Devèze, 46, 47; Morel, N° 414 bis; Redenti, II, 322; Vizios, p. 457, N° 248; Chiovenda, 794.

l'acte juridictionnel (sous réserve de rares exceptions). Il ne fait aucune concession à la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent l'interrompre comme elles interrompent un délai de prescription (art. 135 CO). Il n'est pas suspendu non plus par les causes ordinaires de suspension de la prescription (art. 134 CO).

Il existe néanmoins quelques causes de suspension du délai de recours, variables selon les droits positifs considérés. Les dispositions qui prévoient la suspension du procès s'appliquent aussi au délai de recours, à moins que ce dernier ne soit compris dans les mesures urgentes auxquelles la suspension ne s'applique pas. On peut citer, à titre d'exemples, les articles 35 CPCN, 207 LP¹⁶⁰, et 586 al. 3 GCS.

*

Pour fixer le délai de recours, il faut distinguer l'acte qui prépare sa mise en branle et le moment à partir duquel il court, le point de départ et le calcul du délai selon les expressions habituelles.

Le délai commence à courir le lendemain du jour où l'acte qui le détermine se produit. La règle est absolument générale¹⁶¹. Si l'acte a lieu le 22 février, le délai commence à courir à l'heure zéro le 23, c'est-à-dire à minuit en fin de soirée du 22.

L'élément qui détermine le départ du délai est variable. Dans les systèmes juridiques attachés fortement au principe dispositif (le procès est la chose des parties, elles en assument la direction) la signification, à la charge des plaideurs, déclenche le délai. Le point de départ du délai dépend ainsi de leur volonté. Dans les systèmes qui remettent la direction du procès au tribunal, celui-ci communique d'office le jugement aux parties. La communication détermine le départ du délai. Tel est le système neuchâtelois.

*

La signification du jugement ne s'accomplit pas instantanément. A partir de quel moment la considérera-t-on comme accomplie, comme parfaite ? En droit neuchâtelois, ce moment décisif coïncide avec celui auquel le jugement « prend date » à l'égard des parties. Les articles 339 à 341 et 352 CPCN situent ce moment différemment selon que la procédure est écrite contradictoire, écrite par défaut, orale ou arbitrale.

En procédure écrite contradictoire, et lorsque le président dicte le jugement au greffier immédiatement après le débat, en présence des parties¹⁶², le délai court dès minuit en fin de ce jour¹⁶³. Sinon, le délai court dès

¹⁶⁰ Jäger, *op. cit.*, sous art. 207, p. 186.

¹⁶¹ Rosenberg, § 68 IV 2; GPCIt. art. 155; Morel, N° 415; CPCFr. art. 1033; CPCN art. 136.

¹⁶² Ce qui pratiquement n'arrive jamais.

¹⁶³ CCC IV 182.

le lendemain du jour où la partie reçoit la copie du jugement prévue à l'article 339 CPCN. La théorie de la réception fait règle. La signification est accomplie dès l'instant où la copie se trouve à la disposition du destinataire et non pas lorsque celui-ci en prend effectivement connaissance (théorie de l'information)¹⁶⁴. Le jugement rendu en présence des mandataires seulement est à considérer comme rendu en présence des parties, au sens de l'article 341 CPCN.

En procédure par défaut, les mêmes règles s'appliquent à la partie présente. A l'égard du défaillant, le délai court dès le lendemain du jour où il reçoit (théorie de la réception) avis que le jugement est déposé au greffe (art. 352 CPCN). Dans les procédures orales et arbitrales, le délai est déclenché par l'avis du dépôt du jugement au greffe. Le délai court donc avant que le greffe délivre la copie du jugement qui doit être jointe à l'acte de recours sous peine d'irrecevabilité¹⁶⁵.

Le délai est observé si le recourant remet l'enveloppe contenant le recours à un bureau de poste suisse avant l'expiration de la 24^e heure du dernier jour, même si elle est adressée à une autorité incompétente¹⁶⁶. La théorie de l'expédition fait règle ici. De cette manière, les parties jouissent intégralement du délai de recours, de son début à sa fin.

*

L'observation du délai résultera d'une simple comparaison de dates si le plaideur a agi rapidement. S'il recourt à la dernière minute, il doit, en raison de la théorie de la réception, prouver le moment de celle-ci. La date du timbre postal qui a servi à la signification du jugement attaqué fait foi. Toute autre preuve est admissible¹⁶⁷, de même que des contre-preuves. En fait l'oblitération postale constitue, en général, le seul moyen de preuve.

Le recourant tardif peut invoquer l'irrégularité de la signification qui fait courir le délai. La copie du jugement qui serait envoyée au pupille et non à son représentant légal, par exemple, ne ferait pas courir le délai de recours¹⁶⁸. Le pourvoi devrait être déclaré recevable même après l'expiration du délai calculé sur la base de la signification au pupille. La règle est trop libérale cependant. Il faut considérer le représentant légal déchu du droit de recourir, s'il ne manifeste pas son intention, par l'introduction d'un recours, dans les dix jours dès le moment où il prend connaissance du contenu du jugement (théorie de l'information). A vrai dire, le moment de l'information ne peut jamais être prouvé.

¹⁶⁴ CCC IV 299; VI 156, 198.

¹⁶⁵ GCC V 459, 475; RJN I 316.

¹⁶⁶ RJN I 33; CCC IV 5, 227.

¹⁶⁷ GCC VI 198, 199; RJN II 120 ss.

¹⁶⁸ Guldener, Zpr., note 14, p. 115.

Enfin, le plaideur peut demander, aux conditions ordinaires, le relief du délai de recours.

§ 2. LA RENONCIATION AU DROIT DE RECOURIR.

La doctrine allemande admet très généralement la renonciation au droit de recourir, qu'elle soit postérieure ou antérieure au jugement¹⁶⁹.

Les doctrines française, italienne et suisse ne présentent pas une manière uniforme de voir¹⁷⁰. Les opinions divergent¹⁷¹.

La question n'est pas toujours envisagée dans son ensemble, ni en termes clairs. Une méthode de solution n'apparaît pas; c'est à ce point que nous consacrons ce paragraphe.

Il est inutile de rechercher les systèmes qui admettent la validité de la renonciation au droit de recours. Tous l'admettent, mais dans une mesure variable. Les tentatives doctrinales démontrent qu'il est vain de procéder abstraitement. La seule considération de la voie de recours à laquelle le plaideur renonce ne livre pas la clé du secret. Les opinions que telles voies de recours ne peuvent faire l'objet d'une renonciation, que tel type de renonciation n'est pas valable, ne résistent pas à la critique¹⁷².

Il faut admettre un certain empirisme dans cette recherche sans se départir, pour autant, d'un point de vue objectif : voir *in concreto* dans quelle mesure la renonciation est valable, dans quelle mesure elle est inadmissible.

¹⁶⁹ Nikisch, § 119 II; Schönke, § 84 IV; Rosenberg, § 134 II 3.

¹⁷⁰ La validité de la renonciation antérieure au jugement est controversée. Glasson, Tissier et Morel critiquent la jurisprudence qui admet la validité de telle renonciation (vol. I, N° 294, p. 773). Garsonnet et Cézard-Bru, au contraire, ne partagent pas l'avis de la jurisprudence dissidente qui ne reconnaît pas cette renonciation (note I, vol. III, N° 910, p. 778; vol. VI, p. 18, N° 9).

¹⁷¹ Glasson, Tissier et Morel, I, N° 294 : « Mais doit-on admettre la renonciation au droit d'appel avant que le procès soit né?... on peut l'admettre pour de bonnes raisons... cette solution a rencontré cependant de graves objections... cependant la jurisprudence admet la validité d'une telle renonciation. »

¹⁷² Des auteurs prétendent que la renonciation anticipée au pourvoi est en elle-même non valable, parce que le pourvoi garantit des droits inaliénables (Guldener, th., 63; Zpr., 514). Dans sa généralité, cette opinion n'est pas fondée. Les droits français, italien et allemand ne condamnent pas par principe la renonciation au pourvoi. (Chiovenda, 794; Redenti, II, N° 148; Poncet, II, 275; Crépon, I, N° 800, 836, 859; Faye, p. 80, N° 52; Chenon, 104; S 1890 I 380; S 1902 I 172; S 1939 I 185.) Pourquoi le droit accorderait-il efficacité à la transaction, à l'acquiescement, mais non à la renonciation par laquelle le plaideur s'en remet à l'équité du juge, par exemple ?

La renonciation aux moyens d'ordre public ne paraît pas non plus inadmissible par principe lorsqu'elle est postérieure au jugement. Le plaideur peut abandonner son droit, il peut donc aussi renoncer valablement aux moyens qui lui garantissent ce droit. Selon la jurisprudence française pourtant, l'acquiescement, qui est une renonciation postérieure au jugement, n'empêche pas déchéance du droit de se prévaloir des moyens d'ordre public; (S 1923 I 207; BACCC 1956 I 129).

L'étendue de la renonciation dépend de la loi et de la volonté des parties. Nous devons considérer simultanément plusieurs aspects indissociables de la renonciation :

Quelle est la portée objective de l'attitude de compromis du plaideur qui se présente au prétoire tout en s'interdisant l'usage des voies de recours ?

Quelle limite la loi fixe-t-elle à la renonciation ? Il est difficile de répondre. Quand elle ne donne pas seulement des solutions implicites, elle intervient tantôt par des dispositions générales (art. 27 CCS, 20 CO) tantôt par des règles spéciales (490 GPCN).

Quelle est, enfin, l'étendue réelle de la déclaration concrète ?

*

La renonciation peut intervenir à quatre moments différents : avant la naissance du litige; après celle-ci mais avant l'introduction de l'instance; au cours de la procédure mais avant le jugement; durant le délai pour recourir.

Sous réserve des exceptions légales, personne ne peut être contraint d'intenter une action (73 CPCN); personne ne peut non plus être obligé de recourir. Il est toujours loisible de laisser le temps s'écouler. C'est une manière de renonciation.

Mais cette faculté ne suffit pas aux besoins pratiques, ni dans les systèmes où les délais sont brefs ni, à plus forte raison, dans les systèmes où les délais sont longs. En effet, la renonciation n'est pas uniquement le moyen de s'assurer l'exécution immédiate ou de parer au risque de restitutions exclusivement; c'est aussi le moyen d'éviter de nouvelles procédures. La renonciation est donc une figure juridique utile à tous moments du développement de la procédure.

La renonciation concerne toujours deux ensembles de droits : des droits de fond, substantiels; des droits de procédure. Elle porte directement sur ceux-ci; elle affecte indirectement ceux-là.

Le droit de fond déduit en justice sera un droit à obtenir le divorce, ou un droit purement patrimonial comme une créance, pour prendre deux exemples nets.

L'ensemble des droits de procédure est plus ou moins vaste. En renonçant à l'appel, le plaideur perd le droit au double degré de juridiction et les droits d'annulation tirés des irrégularités du jugement. En renonçant au pourvoi, il perd seulement un ensemble de droits à obtenir la cassation.

Parmi les types de renonciation énumérés, aucun n'est en lui-même et *a priori* prohibé.

La renonciation qui a lieu avant la naissance du litige ne se rapporte à aucun rapport juridique; elle n'a pas d'objet; elle est nulle. L'hypothèse ne se réalise d'ailleurs jamais.

A condition d'avoir un objet, la renonciation peut être valable. Si A

et B ont le droit de soustraire leurs contestations, en matière patrimoniale, aux juridictions étatiques, et même de s'abandonner leurs prétentions, ils ont à plus forte raison le droit de renoncer seulement aux voies de recours.

Une telle renonciation comporte tout de même des restrictions. Le raisonnement *a fortiori* : « Les parties ont le droit d'abandonner leurs prétentions, elles ont donc aussi le droit de renoncer en tout temps et en toute mesure aux voies de recours garantissant ces prétentions », n'est pas seul déterminant. La différence d'attitude des parties légitime aussi le raisonnement *a contrario* : « A peut acquiescer valablement à la prétention de B; il ne le fait mais se contente de renoncer aux voies de recours contre le jugement à rendre; sa renonciation est donc limitée, elle ne concerne pas les principes fondamentaux de la procédure. » Si un plaideur renonçait à user des voies de recours contre le jugement à rendre, quel que soit le vice qui l'affecte, le tribunal devrait le renvoyer à jouer aux dés sa prétention ou son opposition à la prétention adverse.

Le jugement rendu, la partie conserve le pouvoir de disposer des avantages que le jugement lui accorde ou d'accepter les désavantages qu'il lui cause. Pouvant renoncer intégralement aux droits reconnus judiciairement, elle est donc libre de renoncer à se prévaloir des irrégularités qui affectent l'acte juridictionnel, quelles qu'en soient l'importance et la qualité.

Le pouvoir de renoncer aux voies de recours en matières abandonnées à la libre disposition des parties va donc *crescendo* à mesure que le procès avance. Avant le jugement, elles peuvent renoncer à ce que le juge statue conformément à la loi et lui demander une décision selon l'équité. Elles ne peuvent renoncer en revanche au respect des principes fondamentaux de la procédure; le fait même de venir devant le juge s'y oppose. Une fois le jugement rendu, elles ont pouvoir de renoncer à toutes irrégularités. Il n'y a aucune raison de limiter à ce moment le pouvoir de renonciation des parties aux irrégularités non fondamentales. Elles ont tout pouvoir sur leurs droits et leur attitude n'est pas contradictoire.

*

Dans les domaines soustraits à la libre disposition des parties, parce qu'ils touchent à l'ordre public ou à un aspect fondamental de la personne, protégée contre elle-même, les règles sont différentes.

En matière de divorce par exemple, la renonciation antérieure au jugement n'est pas valable. La question est controversée lorsque la renonciation intervient après que le jugement soit rendu. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est abstenu de trancher le cas¹⁷³. Il nous paraît juste que le droit de renoncer aux voies de recours soit entièrement exclu¹⁷⁴.

¹⁷³ ATF 79 II 234; JT 1954 I 212.

¹⁷⁴ Dans ce sens, Egger, *Commentaire zurichois*, sous art. 143, p. 143; Hinderling, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, Zurich, 1952, 112.

Garsonnet et Cézard-Bru ont combattu cette opinion. Si la loi prohibe la renonciation à recourir contre un jugement qui accorde le divorce, en est-il de même lorsque le jugement le refuse ? Garsonnet et Cézard-Bru répondent négativement car il faudrait « distinguer suivant que l'acquiescement au jugement rendu en matière d'ordre public a, ou n'a pas, pour résultat de créer, par consentement mutuel, une situation que la loi a entendu placer en dehors ou au-dessus des conventions des parties, et déclarer cet acquiescement nul dans le premier cas et valable dans le second »¹⁷⁵.

L'argumentation ne saurait être de portée générale. Elle est basée sur un facteur sentimental et sur le fait que la loi met un frein au divorce. Néanmoins, le droit (méconnu) à obtenir le divorce est qualitativement aussi important que le droit (méconnu) à ce que le mariage ne soit pas dissous. La collaboration du juge en matière d'état n'est pas exigée là seulement où le passage d'une situation juridique dans une autre est moralement blâmable, et le raisonnement de Garsonnet et Cézard-Bru ne vaut plus, par exemple, en matière de jugements constatant l'inexistence ou l'existence du mariage.

Nous préférons la règle uniforme qui prohibe la renonciation aux voies de recours dans les matières soustraites à la volonté des parties.

*

Le pouvoir et l'étendue objective de renonciation circonscrits dans leurs grandes lignes, quelle est la portée réelle de la manifestation de volonté concrète ? Question d'autant plus importante que la renonciation n'est soumise à l'observation d'aucune forme spéciale et qu'elle est, le plus souvent, conçue en termes généraux.

Par la clause antérieure au jugement, qui ne contient pas de restrictions expresses, les parties entendent renoncer aux voies de recours dans toute la mesure où le droit objectif l'autorise. L'étendue réelle de la clause coïncide donc avec son étendue objective.

La clause générale postérieure déchoit-elle en tous points les plaideurs de recourir, si le litige est laissé à leur libre disposition ? Pourront-ils échapper aux effets de la renonciation en prétendant et en prouvant qu'ils ne se sont pas rendu compte de la présence de certains vices ? La clause exclut sans doute le pourvoi fondé sur la violation de la loi ou même sur un moyen d'ordre public, mais elle n'empêche pas le plaideur d'invoquer un vice tel que le dol, découvert ultérieurement, ou tout autre vice qu'il n'était pas en mesure de prévoir objectivement. La partie est déchue du droit de recours dans toute la mesure de la généralité objective de sa manifestation de volonté, si elle a omis d'énoncer des restrictions conformes à ses intentions ; mais cette renonciation générale ne va pas jusqu'à comprendre pourtant les circonstances qu'elle ne pouvait objectivement prévoir.

¹⁷⁵ Garsonnet et Cézard-Bru, III, p. 809, N° 919.

La jurisprudence neuchâteloise relative aux contrats de bail qui attribuent à un tribunal de district le pouvoir de trancher « souverainement » les contestations futures, illustre ces considérations. Le terme souverainement doit être interprété pour savoir s'il implique la volonté de renoncer aux voies de recours. Mais comme cette recherche de volonté se fonde en général sur des éléments peu nombreux, l'interprétation objective l'emporte souvent sur l'interprétation subjective. On doit reconnaître au terme « souverainement » le sens d'une renonciation sous peine de lui enlever toute raison d'être. Cette jurisprudence est résumée dans un arrêt de 1954¹⁷⁶.

La volonté de renoncer ne s'exprime pas nécessairement par la parole ou l'écrit. Elle résulte aussi d'actes concluants. L'exécution spontanée du jugement est l'exemple le plus frappant d'une volonté de ne pas user des voies de recours. On ne peut cependant déduire automatiquement de l'exécution la volonté certaine de renoncer aux recours. Il faut tenir compte des circonstances. La renonciation sera moins facilement admise lorsque le délai de recours est non suspensif. Dans ce cas, l'exécution sans réserve n'implique pas nécessairement renonciation à l'usage des voies de recours¹⁷⁷.

En cas de pluralité de parties, la renonciation a une portée variable selon les cas. En présence de consorts nécessaires, la réconciliation doit émaner d'eux tous ou être adressée à eux tous. Les actes des consorts volontaires, au contraire, ne nuisent et ne profitent qu'à eux; la renonciation de l'un d'eux le concerne seul¹⁷⁸.

*

En bref, la juridiction de recours doit examiner par étapes l'étendue de la recevabilité du recours lorsqu'il y a eu renonciation. Le recourant avait-il libre disposition du droit qui a fait l'objet du jugement? A-t-il aliéné sa liberté dans une mesure conforme au droit et aux bonnes mœurs? Le grief invoqué dans le recours est-il compris, objectivement et subjectivement, dans la renonciation? C'est dans la mesure seulement où ces questions recevront une réponse positive que la renonciation sera valable, le recours irrecevable.

Il convient d'apprécier *in concreto* l'étendue de la validité de la renonciation. Toute règle générale est à bannir. Il est ainsi concevable que le

¹⁷⁶ RJN I 62.

¹⁷⁷ D 1949 331; BACCG 1949 N° 45 p. 49: « L'exécution d'une décision judiciaire ne peut constituer un acquiescement et rendre irrecevable le pourvoi formé précédemment qu'autant qu'elle implique nécessairement, de la part de celui à qui on l'oppose, l'intention de se soumettre aux dispositions qui lui font grief et de ne pas suivre son pourvoi. » BACCG 1949 N° 84, 87, 117, 136; BACCG 1959 III N° 52 p. 39.

¹⁷⁸ D 1949 p. 332: « L'abstention ou l'acquiescement d'une seule partie ayant figuré à l'instance au fond, laisse subsister le pourvoi formé par les autres parties. »

pourvoi soit déclaré irrecevable, pour motif de renonciation, relativement à certains moyens, mais qu'il soit recevable eu égard à d'autres auxquels le plaideur n'a pas renoncé ou ne pouvait valablement renoncer.

*

La loi exclut expressément la renonciation anticipée à se pourvoir contre les sentences arbitrales¹⁷⁹. La règle est parfaitement logique, étant donné les ouvertures à cassation prévues en matière arbitrale; elle confirme notre conception de la renonciation aux voies de recours.

¹⁷⁹ Un arrêt neuchâtelois de 1942 (GCC VI 137) admet pourtant une telle renonciation. Sa motivation, non publiée, est manifestement *contra legem*. Elle ne juge de la possibilité de renoncer à une voie de recours que du point de vue général et non du point de vue spécial de l'article 490 CPCN : « Il n'est pas contestable qu'on peut valablement renoncer même d'avance au droit de recourir contre un jugement (JT 1922, 186). Aussi s'agit-il uniquement de savoir si dans le cas particulier on peut prêter une telle intention aux parties. »

Titre V

LA PROCÉDURE
DU POURVOI EN CASSATION

« ... tout le monde connaît l'accoutrement baroque que devait avoir le roi d'Espagne quand il se rendait, par le long couloir qui l'en séparait, dans la chambre de la reine située à l'autre extrémité du palais ! On se rappelle aussi la lamentable histoire de cette reine espagnole dont l'observation d'un protocole implacable causa la mort. Ce protocole déterminait minutieusement les dames de la Cour qui pouvaient l'habiller ou la déshabiller. Un jour, le feu prit à ses vêtements, et la dame chargée de lui enlever son costume n'étant pas là, personne n'osa la toucher : on la laissa brûler ! »

(Larnaude, *Le droit public, sa conception, sa méthode.*)

Chapitre premier

L'INTRODUCTION DU RECOURS

§ 1. LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ
DE L'INSTANCE.

Pour recourir ou être intimé, il faut avoir capacité d'être partie, capacité de procéder et, le cas échéant, être assisté d'un mandataire *ad litem* (*Postulationsfähigkeit*).

*

L'introduction d'un pourvoi en cassation donne naissance à un nouveau rapport d'instance. C'est un acte qualitativement semblable à l'ouverture d'une action.

*

La capacité d'être partie est un élément de la jouissance des droits civils. Quiconque a celle-ci dispose de celle-là dans la même mesure. La proposition inverse ne se vérifie pas. Un groupement dépourvu de personnalité juridique a, parfois, capacité d'être partie au procès. La capacité d'être partie ne correspond pas à une nécessité logique seulement; dans ce cas, il serait parfaitement vain de la reconnaître à une entité qui n'est jamais titulaire de droits. Elle a aussi une utilité pratique. Elle permet d'agir contre plusieurs personnes groupées en un tout. Le droit allemand, par exemple,

reconnaît aux groupements (*Verein*) dépourvus de personnalité juridique, capacité restreinte d'être partie défenderesse ¹.

Bien qu'elle se définisse selon les termes mêmes qui la désignent, cette notion est difficile à cerner ². Toute entité humaine ou sociale jouit en effet d'un minimum de capacité, qui repose, semble-t-il, sur le fait pur. Une personne (au sens large et courant du terme) a capacité d'être partie pour recourir contre le jugement qui lui dénie ce statut ³.

Ont capacité d'être partie les personnes juridiques, qu'elles soient physiques ou sociales, de droit privé ou de droit public (le droit public détermine la capacité de ces dernières ⁴), les sociétés en nom collectif et en commandite ⁵, la masse en faillite et la masse de biens en cas de concordat par abandon d'actif, la succession en cas de liquidation officielle ⁶.

La communauté héréditaire n'a pas cette capacité. Les héritiers agissent conjointement et en leur nom, ou instituent un représentant. Dans ce cas, la communauté ne se distingue pas véritablement d'une personne juridique.

*

La capacité de procéder est un élément de la capacité d'exercice des droits civils. La mesure de celle-ci est la mesure de celle-là.

La personne capable d'être partie mais incapable de procéder est pourvue d'une assistance plus ou moins étroite, elle-même sujette à une surveillance parfois. La conduite du procès et particulièrement l'utilisation des voies de recours tiennent une place spéciale dans ces relations.

L'exercice des droits du mineur et de l'interdit sous puissance paternelle est réparti entre lui et les détenteurs de celle-ci. Relativement aux droits qu'il administre seul parce qu'ils sont inaliénables dans leur exercice (droits strictement personnels) ou parce qu'ils lui ont été concédés (exercice d'une profession et d'une industrie), le mineur ou l'interdit a capacité de procéder. C'est de sa propre détermination et par ses propres actes qu'il dirigera le recours contre le jugement en ces matières. Dans les autres cas, la capacité de procéder est confiée exclusivement et sans contrôle d'autorité aux détenteurs de la puissance parentale ⁷. Ils agissent en leur nom ou au nom de l'interdit ou du mineur ⁸.

¹ CPCA, art. 50.

² Leuch, sous art. 35, note 1 : « ... die Parteifähigkeit, das heisst die Fähigkeit im eignen Namen zu klagen oder verklagt zu werden... » Lent, § 19, p. 36; Rosenberg, § 42.

³ Guldener, Zpr., 112.

⁴ Par exemple : LF sur la Banque nationale suisse, art. 1^{er} al. 2, 79 al. 1; LF sur l'alcool, art. 71 al. 1.

⁵ CO, art. 562 et 602; Com. zurichois, von Steiger, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, p. 31.

⁶ Guldener, Zpr., 112 ss.

⁷ Ott C., *La puissance paternelle du CCS*, th., Neuchâtel, 1910, N° 229.

⁸ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 279, notes 2, 3, 11 et 12.

Dans la mesure où mineurs et interdits sous tutelle ont capacité d'exercer les droits civils, ils ont capacité de procéder. Au-delà, la conduite des procès incombe au tuteur, malgré la lettre, trop étroite, de l'article 407 CCS⁹.

Contrairement aux détenteurs de la puissance parentale, le tuteur est soumis au contrôle de l'autorité. Selon le chiffre 8 de l'article 421 CCS, le consentement de l'autorité tutélaire est nécessaire « pour plaider ». L'introduction d'un recours est soumise à cette disposition.

Si une partie est placée sous tutelle immédiatement après le prononcé d'un jugement, le tuteur doit demander l'autorisation d'user des voies de recours.

L'autorisation ne saurait être refusée lorsque l'incapable est défendeur à une procédure. Le défaut d'autorisation ou son refus ne touche pas à la validité de l'instance et du jugement. Il semble même¹⁰ que l'autorisation est superflue lorsque le tuteur se limite strictement à la défense des droits du pupille. Elle est indispensable au contraire si le tuteur adopte une attitude positive, ou s'il veut introduire un recours contre le jugement dans lequel il est défendeur.

L'autorisation de l'autorité tutélaire est-elle générale, ou se limite-t-elle à la conduite du procès devant le juge du fond ? Elle peut être expressément limitée à la conduite d'une partie de la procédure. Elle peut aussi être accordée d'emblée pour l'ensemble du litige. *Quid*, lorsqu'elle ne précise pas sa mesure ? On pourrait considérer que, limitée à l'unité juridique procédurale, à l'instance, elle ne vaut pour l'introduction d'un recours qui donne naissance à un nouveau rapport juridique d'instance ; une seconde autorisation serait nécessaire pour se pourvoir en cassation¹¹. Cette manière de voir est artificielle. La notion technique d'instance doit céder le pas à la notion économique, à la notion de fait du procès. L'autorisation donnée sans réserve exprime englobe l'unité « contestation ». Les droits d'user des voies de recours y sont compris. C'est aussi l'avis du professeur Egger¹².

Les mêmes règles valent en matière de curatelle de représentation. Celle-ci peut avoir pour objet la conduite d'un procès, en vertu des causes générales qui dictent cette mesure (art. 392 CCS), ou en vertu des cas légaux spéciaux (art. 311 CCS). Les articles 421 et 422 CCS s'appliquent par analogie au curateur représentant¹³.

⁹ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 407, note 28.

¹⁰ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 421, note 34 : « Auch der bevormundete Beklagte bedarf der Zustimmung, wenn er selbständig prozessuale Rechte ausüben, insbesondere wenn er ein Rechtsmittel ergreifen will. »

Revue de droit de tutelle, 2, 1947, p. 33, N° 18 : « Gemäss Art. 421 Ziff. 8 ZGB bedarf nicht nur der bevormundete Kläger, sondern auch der bevormundete Beklagte einer Bewilligung zur Prozessführung. Allerdings kann die Verweigerung dieser Bewilligung nicht hindern, dass ein nicht handlungsfähiger Beklagter als Angesprochener ins Recht gefasst wird. Sobald er indessen selbständige prozessuale Rechte ausüben will, hat er eine Zustimmung der Vormundschaftsbehörde beizubringen. »

¹¹ Glasson, Tissier et Morel, I, 537.

¹² Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 421, note 35.

¹³ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 418, notes 3 et 4.

Il en va de même en matière de curatelle de gestion, sous cette réserve que l'autorisation doit être demandée, selon les cas, à l'autorité tutélaire ou à la personne sous curatelle ¹⁴.

La personne sous conseil légal coopérant a la capacité de procéder dans la mesure de sa capacité civile. Le concours du conseil légal est nécessaire dans tous les domaines soustraits à sa capacité d'exercice et non pas seulement dans les cas mentionnés aux chiffres 2 à 9 de l'article 395 CCS. Cette assistance ne consiste pas nécessairement en une coopération matérielle. Elle s'exerce sous forme d'autorisation, voire de ratification ¹⁵. Elle doit être constante; le conseil légal coopérant doit autoriser ou ratifier chaque acte, en particulier l'introduction d'un recours ¹⁶. L'application par analogie des articles 421 et 422 CCS au conseil légal coopérant est controversée. Tuor, Egger et la doctrine dominante la rejettent ¹⁷.

La personne pourvue d'un conseil légal gérant a capacité de procéder relativement aux droits qui ne sont pas soustraits à sa capacité d'exercice. Elle conduit seule, par exemple, le procès relatif à un achat au moyen du revenu de ses biens. Dans les autres cas, le conseil légal représente la personne incapable, de sorte que les articles 421 et 422 CCS sont applicables par analogie. L'autorité tutélaire doit autoriser la conduite des procès ¹⁸.

*

Dans le domaine des régimes matrimoniaux, la conduite des procès relatifs aux biens soumis au régime est considérée comme un acte d'administration. En tant qu'administrateur des biens de la femme ou de la communauté, le mari peut conduire un procès sans demander d'autorisation à sa femme. La règle ne fait aucun doute relativement à l'introduction d'une action, particulièrement d'un recours, si elle est par ailleurs contestée ¹⁹.

La femme mariée a pleine capacité d'ester en justice; elle dispose de la capacité d'être partie et de procéder. Le mari peut ainsi lui restituer un pouvoir que la loi lui a enlevé relativement à certains biens.

Il est un certain nombre d'autres situations où capacité d'être partie, capacité de procéder et titularité des droits substantiels ne sont pas concentrées sur la même tête, notamment en matière d'exécution testamentaire ²⁰,

¹⁴ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, sous art. 419, note 6; CCS, art. 419 al. 2.

¹⁵ Tuor, *Le Code civil suisse*, trad. Deschenaux, 2^e éd., Zurich 1950, p. 271. Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, art. 395, note 44.

¹⁶ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, art. 395, note 54.

¹⁷ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, art. 395, note 49.

¹⁸ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, art. 395, pp. 341 et 346.

¹⁹ Com. zurichois, Egger, *Das Familienrecht*, art. 168, p. 254, note 7 b.

²⁰ La position procédurale de l'exécuteur testamentaire est controversée. La doctrine dominante admet que l'exécuteur testamentaire a capacité d'être partie et de procéder, qu'il n'est pas seulement le représentant des héritiers. Com. zurichois, Escher, *Das Erbrecht*, art. 518, pp. 473 à 478; Com. bernois, Tuor, *Das Erbrecht*, art. 518, notes 30 ss.

de représentation de la communauté héréditaire et d'administration officielle d'une succession.

*

En droits français, italien et allemand ²¹, l'assistance d'un mandataire *ad litem* devant la Cour suprême est, en principe, obligatoire. Il n'en est pas de même en droit neuchâtelois. Le plaideur peut fort bien rédiger lui-même l'acte de recours ^{21 bis}.

*

Devant une irrégularité relative à la capacité d'être partie ou de procéder, la Cour de cassation ne devrait point déclarer le pourvoi irrecevable, mais impartir un délai pour régulariser l'acte. Cette irrégularité n'affecte pas le droit de recours proprement dit, mais la validité de l'instance. Vizioz écrit, à juste titre : « L'inobservation des règles concernant la représentation en justice n'affecte pas le droit d'action mais la validité de l'instance, qui peut être poursuivie après régularisation. » ²²

Le droit fédéral impose parfois, d'ailleurs, telle manière de voir, puisque les autorisations dont nous avons parlé dans ce paragraphe peuvent être données sous forme de ratification, c'est-à-dire après coup.

§ 2. LE RECOURANT.

Comme toute autre juridiction, la Cour de cassation ne se saisit pas d'office, mais à la requête des plaideurs. Le pourvoi doit être rédigé avec soin. Il détermine le sort de toute la procédure.

Le principe *locus regit actum* ²³ régit les actes de procédure. Le pourvoi est rédigé en langue française, et selon le droit neuchâtelois ²⁴.

L'emploi de formules sacramentelles n'est pas d'usage. L'acte de recours satisfait aux conditions de forme s'il exprime, dans quelque ordre que ce soit (principe des équipollents) les points essentiels que doit contenir un pourvoi ²⁵.

Sans être une condition de recevabilité *stricto sensu*, la rédaction régulière du pourvoi s'y apparente, parce qu'elle est liée au délai et que les irrégularités de forme entraînent souvent déchéance du droit de recours. Mais, si l'absence d'une des conditions d'existence du droit de recours est

²¹ De Maio, 234; Cornu et Foyer, 257; CPCAL, art. 78.

^{21 bis} Cf. pourtant *infra* p. 281.

²² Vizioz, p. 468, N° 261.

²³ Guidener, Zpr., 210; De Maio, N° 106, p. 101; Glasson, Tissier et Morel, I, N° 7; Morel, N° 385.

²⁴ CCC VI 22.

²⁵ Crépon, I, p. 281, N° 76.

irréparable, le vice de forme est réparable. Certaines législations autorisent sa régularisation. Le droit neuchâtelois ne souffle mot de la question. La rédaction complète et à temps du pourvoi est une bonne discipline sans doute, mais la sanction des irrégularités qui l'affectent pourrait être assouplie dans certains cas.

C'est un pourvoi complet, sous forme de requête, qui doit parvenir à la Cour de cassation dans le délai de dix jours. Il ne suffit pas que le plaideur manifeste son intention de recourir dans ce délai²⁶. Ce formalisme se légitime. Il tend à limiter le nombre des pourvois. Il évite des pertes de temps. La rédaction complète du pourvoi est une première épreuve pour le recourant. Elle l'oblige à réfléchir avant de recourir. La procédure de recours n'en finirait pas si la volonté de recourir seule devait être manifestée dans le délai de dix jours.

Le droit neuchâtelois ignore le mémoire ampliatif français. Ce complément de la requête en cassation ne permet pas de modifier le cadre du débat devant la Cour suprême (à moins qu'il soit introduit encore dans le délai pour se pourvoir)²⁷, mais il peut contenir de nouveaux moyens de cassation ou développer les moyens sommairement énoncés dans la requête²⁸. Il ne semble pas que ce système répondrait à un besoin en droit neuchâtelois; il serait dommage de compromettre la rapidité de la procédure de pourvoi par son adoption.

La requête doit être formulée complètement dans le délai. Elle ne peut être modifiée ou étendue par la suite. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit constituée en un seul acte²⁹. Le recourant omet une mention indispensable ou ne développe pas un moyen; il s'en aperçoit; il peut compléter sa requête s'il est encore dans le délai. La recevabilité du pourvoi se juge à l'ensemble des actes accomplis à temps.

*

Le pourvoi désigne, de manière suffisamment précise pour que leur identité ne soit pas douteuse, le ou les recourants, le ou les intimés. Lorsqu'une partie a plaidé en plusieurs qualités devant le juge du fond, les qualités en lesquelles elle est intimée ou en lesquelles elle recourt doivent être mentionnées. La cassation éventuelle ne concernera en aucune manière la personne qui ne figure pas en nom dans le recours³⁰.

Le pourvoi désigne l'arrêt ou le jugement attaqué.

Le pourvoi est motivé³¹. Le recourant formule ses reproches contre le

²⁶ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, p. 697, N° 399.

²⁷ Crépon, I, p. 290, N° 119.

²⁸ Morel, N° 672.

²⁹ Crépon, I, p. 287, N° 110.

³⁰ Glasson, Tissier et Morel, III, p. 457, N° 939; TC V 169; VIII 254.

³¹ CCC VI 172, 257. CCC du 7 juillet 1926 (Custoz/CFE) : « Un recours est recevable même s'il n'invoque pas expressément l'article 393 lit. a CPCN, s'il résulte nettement de son texte que le recourant invoque l'erreur de droit. » CCC du 17 avril

jugement qu'il attaque. Du sens de son argumentation doit résulter un moyen de cassation ³². La référence à des articles précis n'est pas nécessaire.

Les conclusions sont imposées par la loi : le recourant ne peut demander que la cassation totale.

Le pourvoi en cassation partielle est irrecevable. C'est une nécessité dans le système de la cassation totale.

La requête qui conclut à la réforme du jugement attaqué est aussi irrecevable ³³. Ce cas est discutable. La cassation est un moins par rapport à la réforme. S'il est interdit aux tribunaux de statuer *ultra petita*, il leur est permis de trancher *infra petita*. Il serait préférable d'accorder la cassation et le renvoi au recourant qui conclut à la réforme.

Le recourant joint à sa requête une copie du jugement attaqué. L'exigence est générale. Elle vaut pour les procédures qui ne prévoient pas la délivrance d'une copie du jugement aux parties (procédures orales, par défaut), mais seulement avis de son dépôt au greffe ³⁴).

Le cas échéant, le recourant joindra au pourvoi l'enveloppe qui a servi à la communication du jugement ou de l'avis de dépôt, pour prouver qu'il a observé le délai de recours. L'absence de la première pièce, de la seconde lorsqu'elle s'avère nécessaire, entraîne irrecevabilité du recours selon la jurisprudence ³⁵.

Le recourant n'est pas limité à la production de ces deux pièces. Il produit tous autres documents nécessaires à l'intelligence du moyen de cassation, par exemple la pièce du dossier avec laquelle le jugement entre en contradiction. L'omission de tel document ne paraît pas devoir entraîner l'irrecevabilité du pourvoi. La Cour de cassation en demandera la production en vertu de ses pouvoirs d'instruction.

Le recours est signé du mandataire (qui aura fait allusion à son mandat) ou de la partie elle-même. Il est recevable aussi lorsqu'il porte la signature d'un avocat stagiaire du mandataire ³⁶.

1957 (Michel/Luthy) : « Mais le recours doit indiquer les moyens sur lesquels il se fonde. » BACCC 1947 pp. 24, 37, 66, 115. BACCC 1949 N° 403 p. 527.

³² CCC VI 113; V 537. Guldener, th., 75.

³³ CCC du 9 juin 1954, N° 2968 : « Que n'étant pas un tribunal d'appel, la Cour n'a pas la compétence de réformer un jugement de première instance, ni par tant de prononcer la mainlevée de l'opposition. Qu'en l'espèce, elle ne saurait davantage annuler la décision attaquée; qu'en effet, liée par les conclusions de la recourante, elle ne peut casser un jugement dont, seule, la réforme est demandée. » CCC du 19 juillet 1948, N° 2483.

³⁴ CCC V 484, 460, 477. Morel, N° 672. BACCC 1948 p. 65 N° 36 : « N'est pas recevable le pourvoi à l'appui duquel n'est produite qu'une copie non signée ni datée, ne représentant aucun caractère d'authenticité. »

³⁵ CCC du 17 janvier 1956, N° 3085.

³⁶ RJN I, 2° partie, pp. 7, 22. La règle est différente sur le plan fédéral : JT 1933 I 189.

Le recourant produit un exemplaire de la requête pour la Cour de cassation et autant d'autres que d'intimés, malgré la lettre de l'article 395 CPCN³⁷.

§ 3. LES EFFETS DE L'INTRODUCTION DU POURVOI.

Le recours est suspensif lorsque son utilisation arrête la procédure consécutive au jugement attaqué : si ce dernier est incidentel, la suite du procès; s'il est final, l'exécution forcée. Lorsque les recours dont un jugement est susceptible ne sont pas suspensifs, la procédure suit son cours nonobstant l'utilisation de l'un d'entre eux.

Effet suspensif est reconnu au recours seulement ou au délai de recours déjà. En droit français, l'effet suspensif s'attache à l'acte d'appel exclusivement. En droit neuchâtelois, le délai d'appel et l'appel sont suspensifs (art. 381 CPCN)³⁸. Si le recours n'est pas suspensif en revanche, il n'y a aucune raison que le délai le soit.

La doctrine place l'effet du recours parmi ses caractères propres. Dans cette perspective, il eût fallu étudier l'effet non suspensif du pourvoi à propos de sa nature (titre III). Cette manière de voir est contestable. L'effet du recours ne procède pas absolument de sa nature. Il est au contraire accidentel et se légitime par des considérations d'opportunité plutôt que par des motifs théoriques tirés de la nature du moyen. L'effet suspensif et l'effet non suspensif comportent des exceptions pour tous recours. Celles-ci ne modifient pas leur nature pourtant. L'effet du pourvoi en cassation n'est pas identique dans tous les systèmes. Le droit français est strict sur l'effet non suspensif du pourvoi. Les droits italien et neuchâtelois sont plus souples. La *Revision* allemande et le recours en cassation espagnol³⁹ sont suspensifs.

³⁷ Le pourvoi introduit en un nombre insuffisant d'exemplaires est-il recevable ? La réponse négative semble excessivement formaliste. C'est aussi le point de vue du Conseil d'Etat neuchâtelois en 1906; il déclare à l'appui de sa proposition d'introduire le système des nullités textuelles (proposition qui fut repoussée) : « ... le recours en cassation adressé en un seul double n'est pas nul pour ce fait : l'autre partie ou la Cour peuvent seulement requérir la production ultérieure du second double » (BGC LXX 18). La Commission législative propose et obtient que le système de la nullité pour violation des formalités essentielles soit conservé. Elle cite des exemples à l'appui de sa thèse, entre autres : « Ne serait pas en revanche annulable, d'après la signification que la Commission donne à sa définition (de la règle de forme essentielle), un recours fait en original et en copie, au lieu d'être fait en doubles originaux. » *Quid*, alors, du pourvoi interjeté en un seul exemplaire ? La Commission évite de parler de ce cas précis. Il nous semble que sa manière de voir vient appuyer la thèse de l'irrecevabilité. La sanction est rigoureuse. Mais, si on exige que la copie du jugement soit jointe à l'acte de recours, sous peine d'irrecevabilité, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la même règle à l'insuffisance d'exemplaires !

³⁸ Glasson, Tissier et Morel, III, p. 345, N° 885; Morel, N° 624, p. 486.

³⁹ Herzog, p. 390, N° 244, note 1.

Le pourvoi est dirigé contre un jugement rendu en cours ou en fin de procédure. Le jugement risque d'être invalidé. Il est donc préférable d'ajourner son exécution. Mais simultanément, il faut que la procédure suive son cours afin que la contestation s'achemine aussi rapidement que possible vers sa solution. Quelle exigence l'emportera ? La suspension ? Le gagnant verra alors l'exécution ou la continuation de la procédure souvent ajournée et longuement retardée. Une procédure de cassation peut être très longue. Elle se limite à quelques jours, quelques semaines ou quelques mois en droit neuchâtelois, mais elle dure souvent plusieurs années en droit français et dans les systèmes où le ressort de la juridiction suprême est très vaste. A l'inverse, si le jugement est immédiatement exécutoire, nonobstant le recours, le perdant devra parfois s'exécuter sans espoir d'être réintégré dans ses droits en cas de cassation et de réformation. Le compromis s'avère la seule solution. Certaines voies de recours sont suspensives ; d'autres, non suspensives. Mais des exceptions plus ou moins nombreuses tempèrent l'effet de principe de chacune d'elles.

*

Dans quelle mesure tempérer l'effet non suspensif du pourvoi ? Par quels procédés ?

Le droit français ne reconnaît aucun pouvoir d'appréciation au juge. La loi énumère limitativement les exceptions à l'effet non suspensif du pourvoi (relatives, par exemple, au jugement qui ordonne la destruction d'un faux, au jugement qui prononce le divorce, au jugement qui condamne le Trésor public à un payement...).

La loi présente naturellement des lacunes. Il serait heureux de les combler. Mais le système n'y consent pas. On a construit des cas de bigamie légale parce que le pourvoi, suspensif en matière de divorce, ne l'est pas lorsque la dissolution du mariage est provoquée d'une autre manière (annulation)⁴⁰.

Dans sa critique du droit français, Chenon⁴¹ cite le droit neuchâtelois comme exemple d'un système meilleur. La Cour de cassation neuchâteloise a en effet tout pouvoir de prononcer la suspension en raison de l'introduction d'un pourvoi.

Le système est-il irréprochable ? Nous ne le pensons pas. L'ordonnance de suspension exige un certain temps, suffisant pour que la force exécutoire du jugement cause des dommages. D'autre part, la Cour de cassation ne dispose que d'éléments d'appréciation fort restreints pour statuer sur la demande de suspension.

⁴⁰ Japiot, N° 1139, p. 729; Luro, 85; Glasson, Tissier et Morel, III, p. 506, N° 967; Faye, 50; Crépon, I, p. 50, N° 60.

⁴¹ Chenon, p. 184, N° 56; p. 188, note 1.

Le droit italien a trouvé une solution plus ingénieuse, si elle n'est encore parfaite. La décision de suspension compète au juge du fond. C'est la règle du droit nouveau ⁴² (le code de 1865 attribuait la question à la connaissance des Cours de cassation). Elle empêche que la Cour de cassation préjuge du bien ou du mal-fondé du pourvoi en ordonnant ou en refusant la suspension. Mais de cette manière la suspension n'est accordée qu'après coup. Il faut que le plaideur la requière et, pour cela, qu'il ait connaissance du jugement. On ne peut obliger le juge du fond à trancher d'office l'effet du recours éventuellement utilisé. Telle procédure encouragerait les recours téméraires et n'offrirait pas toutes les garanties désirables.

Le principe de l'effet non suspensif admis, il faudrait le tempérer d'exceptions légales. Celles-ci s'appliqueraient au délai comme au pourvoi. Elles concerneraient les cas où l'exécution immédiate peut engendrer des conséquences irréparables et tous les autres cas à propos desquels le législateur juge bon de déroger au principe de l'effet non suspensif. Le droit neuchâtelois ne connaît qu'une exception de ce genre, en matière d'arbitrage (art. 491 GPCN) : la sentence arbitrale ne peut être rendue exécutoire durant le délai de recours en nullité, et, lorsque celui-ci est utilisé, durant la procédure devant la Cour de cassation. La faculté de suspendre l'exécution ou la suite de la procédure devrait être reconnue au juge de fond. Celui-ci l'utiliserait non en fonction de sa conviction que le jugement est irréprochable, mais en considérant le dommage qui résulterait de l'exécution immédiate de la décision, et de sa cassation par la suite.

*

Lorsque le pourvoi est suspensif, en vertu de la loi ou d'une ordonnance, le procès en cours est suspendu si la décision attaquée est incidente, les délais cessent de courir et le dispositif du jugement n'est pas exécutoire ⁴³.

L'effet suspensif s'applique aux actes d'exécution seulement. Il n'empêche point l'intéressé de requérir des mesures conservatoires ⁴⁴.

*

Le pourvoi déploie d'autres effets.

Il saisit la Cour.

Il crée un nouveau rapport juridique d'instance. La procédure devant la Cour de cassation constitue une entité juridique indépendante de la procédure devant le juge du fond et de la procédure ultérieure et éventuelle devant le juge de renvoi. C'est une nouvelle instance, source de droits et d'obligations en faveur et à la charge des parties ⁴⁵.

⁴² GPCIt. art. 373; De Maio, 240.

⁴³ TC VIII 567.

⁴⁴ Glasson, Tissier et Morel, III, p. 343, N° 884.

⁴⁵ Foyer, th., 135.

L'introduction du pourvoi n'affecte pas en elle-même le jugement attaqué, contrairement à la déclaration d'appel⁴⁶. « Une décision en dernier ressort et définitive a, même frappée d'un pourvoi en cassation dans une matière où le pourvoi n'est pas suspensif, l'autorité de la chose jugée, laquelle ne peut être détruite que par la cassation de cette décision »⁴⁷. Cependant, la règle ne se justifie pas par l'effet non suspensif du pourvoi, mais par son caractère d'action en annulation. Même suspensive, la déclaration de pourvoi n'affecte pas l'autorité du jugement attaqué. Si l'une des parties devant la Cour de cassation introduisait devant le juge du fait une nouvelle action en la même contestation, il faudrait lui opposer l'exception de chose jugée et non la litispendance. La distinction est d'ailleurs purement théorique puisque ces deux moyens supposent les mêmes conditions. L'exception de litispendance est l'exception de chose jugée à l'état virtuel.

§ 4. L'INTIMÉ.

Le principe de la contradiction s'applique à la procédure devant la Cour de cassation⁴⁸. L'intimé y participe de plusieurs manières selon ses intentions et le contenu du jugement attaqué.

Exceptionnellement, le pourvoi ne lui est pas communiqué parce qu'il paraît irrecevable ou mal fondé de prime abord ou parce que la procédure devant le juge du fond s'est déroulée unilatéralement (art. 396 al. 2 et al. 3 CPCN).

*

L'intimé, insatisfait du jugement qui le condamne partiellement, peut introduire un recours principal. Le recourant devient à son tour intimé; l'intimé est aussi recourant. Les deux pourvois sont indépendants. Ils sont soumis aux mêmes conditions de recevabilité. L'un pourra être déclaré irrecevable sans que l'autre le soit.

Dans le système de la cassation totale adopté par le droit neuchâtelois, les conclusions des deux recourants concordent : cassation totale du jugement. La Cour de cassation pourrait-elle accorder immédiatement ces conclusions et renvoyer les « adversaires » devant le juge du fond ? Non. La cassation ne s'appuie que sur des motifs légaux. Le consentement des parties, l'aveu de l'une d'elles que le jugement est vicié ne constituent pas une ouverture

⁴⁶ Foyer, th., 199; Calamandrei, II, 202.

⁴⁷ DH 1933 99.

⁴⁸ Guldener, Zpr., 149; th., 72.

à cassation. L'accord des parties n'est d'ailleurs qu'apparent. Les conclusions concordent, mais les moyens à leur appui divergent. Chaque partie demande l'annulation du jugement qui ne lui a pas entièrement donné gain de cause, pour des motifs favorables à elle seule. Le pourvoi ne vise pas à la seule cassation; il tend aussi à la constatation des erreurs qui vicient le jugement. Cette entente apparente des parties est une bizarrerie de la cassation totale. Le système est contraire au principe de l'intérêt; il oblige les recourants à conclure à la cassation de la partie du jugement qui leur est favorable. Il est contraire au principe de la motivation du pourvoi; le recourant ne motive pas, bien entendu, sa demande en cassation du chef du jugement qui l'avantage. Il est contraire enfin au principe de la motivation de l'arrêt de cassation, en vertu duquel l'annulation ne saurait être plus étendue que le moyen qui lui sert de base. Le système de la cassation totale présente néanmoins certains avantages; il ne saurait être jugé ou réformé en lui-même.

*

L'intimé peut se montrer moins agressif. Il accepte la condamnation partielle, en considération du gain partiel. Il ne recourra pas si l'adversaire est d'accord de s'en tenir au jugement.

Le recours par voie de jonction traduit et réalise cette attitude. Dès l'introduction du recours principal, l'intimé jouit d'un délai supplémentaire (le délai normal est expiré si le recourant a agi *in extremis*) pour attaquer le jugement à son tour.

Les droits français et neuchâtelois ignorent le pourvoi par voie de jonction qui est pourtant un mode très utile de recours.

Fallait-il appliquer par analogie les dispositions relatives à l'appel incident ou appel par voie de jonction? La question est restée longtemps sans réponse en droit français. « Existe-t-il, comme en matière d'appel, un pourvoi en cassation incident?... Ce cas ne paraît pas encore s'être présenté; mais le cas échéant la solution serait affirmative, car les raisons qui ont porté le législateur à déclarer que l'appel interjeté dans ces conditions serait recevable en tout état de cause, militent dans le même sens lorsqu'il s'agit des voies de recours extraordinaires. »⁴⁹

La jurisprudence n'a pourtant pas suivi l'opinion de Garsonnet et Cézard-Bru. « Il n'y a pas de pourvoi en cassation incident, pouvant être formé par celui qui est défendeur au pourvoi formé par requête déposée dans le délai légal... »⁵⁰ « Le défendeur au pourvoi en cassation, qui n'a pas lui-même formé de pourvoi, ne peut soulever un moyen qui aurait pour effet, non de faire déclarer le pourvoi irrecevable mais de faire casser la décision attaquée par le seul demandeur. »⁵¹

⁴⁹ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 402, p. 699.

⁵⁰ Glasson, Tissier et Morel, III, p. 513, N° 971.

⁵¹ BACCC 1953 IV p. 106 N° 142.

Les droits allemand et italien ont institué des systèmes plus perfectionnés. L'intimé peut, durant un certain délai, se joindre à la *Revision* ou au pourvoi, même s'il avait auparavant renoncé à utiliser cette voie de recours⁵².

Dans les deux systèmes, tout recours introduit après le recours principal est, formellement, incident. N'est matériellement incidentel que celui interjeté en considération du pourvoi adverse; celui-ci seul présente un caractère de dépendance. C'est pourquoi, en cas de retrait ou d'irrecevabilité du recours principal, seul le recours incidentel véritable tombe. Le recours formé dans le délai ordinaire pour se pourvoir est considéré comme indépendant⁵³; il survit au recours principal; s'il est toutefois incidentel dans l'intention de son auteur, celui-ci le retirera de son propre chef.

Les praticiens ont déploré la lacune du droit neuchâtelois. Elle est à l'origine de situations délicates. Une partie peut se pourvoir au dernier moment pour surprendre son adversaire.

Le système de la cassation totale constitue un palliatif. Il sauvegarde les droits de l'intimé. Si le recourant triomphe, l'intimé pourra développer ses moyens devant le juge de renvoi qui doit revoir entièrement la question litigieuse. Mais l'arrêt de cassation exerce une influence considérable sur l'ensemble de la procédure de renvoi, de sorte que le palliatif ne rétablit pas la pleine égalité des parties.

L'introduction du pourvoi en cassation par voie de jonction s'avère donc nécessaire. Il présenterait une utilité incontestable.

Les praticiens auraient pu emprunter un détour parfaitement admissible: le pourvoi conditionnel. Ils n'y ont pas songé, sans doute à cause de l'interdiction assez générale qui frappe les actes de procédure conditionnels. Il est pourtant facile de démontrer que le pourvoi conditionnel suppléant à l'absence du pourvoi par voie de jonction échappe à cette prohibition.

Une partie redoute la ruse de son adversaire. Elle se pourvoit. Elle manifeste simultanément l'intention de retirer l'acte si l'adversaire s'abstient de recourir (condition résolutoire). Elle peut aussi soumettre directement son intention d'attaquer le jugement à la condition que l'adversaire recoure de son côté (condition suspensive).

Le système est, en pratique, très satisfaisant. Il présente un seul inconvénient, comparé au pourvoi par voie de jonction: le plaideur qui appréhende le pourvoi de l'adversaire doit prendre les devants. Dans le système du pourvoi par voie de jonction, il se contente d'attendre les événements.

Dans une note à son manuel, M. Guldener admet le pourvoi conditionnel suppléant au défaut de recours par voie de jonction⁵⁴. Sous l'empire du

⁵² CPCAL. art. 556; CPCIt. art. 371.

⁵³ CPCAL. art. 522; CPCIt. art. 334.

⁵⁴ Guldener, Zpr., 513, note 85: «*Ist der Anschluss an das Rechtsmittel des Gegners nicht zulässig, so kann eine Partei ein Rechtsmittel bedingt einlegen, für den Fall, dass der Gegner seinerseits ein solches ergreift.*»

code de procédure civile de 1865, la jurisprudence et la doctrine italiennes ont utilisé cette figure juridique ⁵⁵.

Encore faut-il démontrer qu'elle n'est pas prohibée par le droit positif.

Les déclarations incertaines répugnent à la procédure. Tel est le fondement de l'interdiction qui frappe les actes de procédure conditionnels.

L'acte conditionnel crée un état d'incertitude objective : la condition est un événement futur dont la réalisation est objectivement indéterminée.

L'acte conditionnel crée ensuite un état d'incertitude subjective : Les juges doivent vérifier si la condition s'est réalisée. Ce second effet n'est pas propre à la condition. Un fait passé à la réalisation duquel on soumet une déclaration en procédure engendre la même incertitude.

Le pourvoi conditionnel suppléant le pourvoi incident sera admissible s'il ne crée pas ces états d'incertitude objective et subjective, plus précisément, si l'incertitude qu'il engendre ne dépasse pas la mesure tolérée par la loi.

Le pourvoi, introduit à condition que l'adversaire recoure, ne crée pas une incertitude objective prohibée. A l'échéance du délai, l'incertitude disparaît. Or, jusqu'à l'expiration du délai pour recourir, les plaideurs ont le droit de garder une attitude incertaine.

Le pourvoi conditionné au recours de l'adversaire n'entraîne pas non plus un degré d'incertitude subjective prohibé. La condition se rapporte à un événement intraprocédural. Les juges sont à même de vérifier sa réalisation en consultant le dossier.

Selon M. Provinciali, le recours conditionnel suppléant le pourvoi par voie de jonction est inadmissible ⁵⁶ : il n'est pas prévu par la loi ; il est condamné par elle du fait même qu'elle n'admet pas le pourvoi incident et qu'elle prohibe l'acte conditionnel en procédure.

Nous avons démontré l'inexactitude du dernier argument. Les précédents ne sont guère plus convaincants.

Le fait que la loi n'ait pas prévu le recours conditionnel ne signifie pas qu'elle le prohibe. Il faut au contraire considérer qu'il est englobé dans le recours ferme, dont il n'est qu'une modalité.

Le fait ensuite que la loi n'institue pas le recours incident n'implique pas condamnation du pourvoi conditionnel. La différence de nature qui sépare au contraire pourvoi par voie de jonction et pourvoi conditionnel permet de conclure que la prohibition du premier ne touche pas le second. Le pourvoi incident constitue une dérogation au délai normal de recours ; c'est la raison pour laquelle il lui faut une base légale. Le recours conditionnel ne déroge pas au délai ordinaire de recours ; c'est pourquoi il est admissible dans le cadre d'un droit positif qui ne traite que du pourvoi ferme.

*

⁵⁵ Provinciali, 164.

⁵⁶ Provinciali, p. 176, N° 61.

L'intimé peut adopter une attitude purement défensive. Il a laissé passer le délai de pourvoi parce que le jugement le satisfait. Il le trouve juste. Il le défendra devant la Cour de cassation.

Le pourvoi est communiqué à l'intimé; un délai lui est imparti pour répondre.

La réponse au pourvoi n'est pas un recours proprement dit. Elle n'est pas soumise à un délai fixe de déchéance. Si elle satisfait aux conditions les plus élémentaires de procédure, si elle est intelligible, elle ne se sera pas déclarée irrecevable.

Quel est le contenu de la réponse ?

L'intimé n'a pas le droit de conclure à la cassation. Il conclut à l'irrecevabilité ou au mal-fondé du pourvoi. Il invoque des moyens tendant à l'irrecevabilité du pourvoi (défaut d'intérêt, de qualité, tardivité, présence d'une renonciation, vice de forme...) ou des moyens de fond tendant au mal-fondé et au rejet du pourvoi. Si le débat porte sur une erreur de droit, l'intimé peut invoquer, pour justifier le dispositif critiqué par le recourant, tous les moyens discutés devant le juge du fond ou que celui-ci devait prendre en considération d'office.

Tel n'était pas le système du code de procédure civile italien de 1865. L'intimé devait obligatoirement se limiter à la critique du pourvoi; il ne pouvait défendre le jugement attaqué dans une plus large mesure : « ... *il resistente non può difendersi se non sul terreno stesso del ricorso* »⁵⁷. Le recourant fixait définitivement l'objet du débat devant la Cour de cassation. Le système, à l'origine de grandes difficultés, a été abandonné.

•

L'intimé peut enfin rester absolument passif. Il s'abstient de répondre. La procédure est alors unilatérale.

Le recourant peut-il faire prononcer le défaut contre l'intimé ? Le droit français répond affirmativement. Mais le défaut n'entraîne pratiquement aucune conséquence préjudiciable à l'intimé. La Cour de cassation ne peut déduire de son silence le bien-fondé des prétentions du recourant⁵⁸. Elle doit en vérifier d'office la légitimité, non parce qu'elle défend les intérêts de l'intimé, mais parce que le recourant s'attaque à un acte d'autorité.

L'acquiescement au pourvoi n'entraîne pas non plus cassation automatique de la décision attaquée. Encore faut-il que la prétention en annulation soit véritablement fondée⁵⁹.

⁵⁷ Chiovenda, 886.

⁵⁸ Chiovenda, 895; Crépon, II, 159; Luro, 85; Glasson, Tissier et Morel, III, N° 970.

⁵⁹ Guldener, Zpr., 513; th., 74.

Chapitre II

L'INSTRUCTION DU POURVOI

§ 1. PRINCIPES D'INSTRUCTION.

La phase de l'instruction dans la procédure de cassation se réduit pratiquement au strict minimum. Elle se résume le plus souvent en 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. Parfois pourtant l'instruction se développe un peu. Il faut en esquisser les principes et les possibilités.

*

La Cour de cassation dirige l'instruction. Contrairement à ce qui se passe devant les autres juridictions, l'attitude des parties, une fois le recours introduit, n'influence plus le déroulement de la procédure. Le pourvoi est un acte grave; il met en doute la valeur et la régularité de l'administration de la justice dans un cas particulier. Son instruction ne peut être laissée à l'entière disposition des parties. Il importe de le juger aussi promptement que possible. La procédure devant le juge du fond est soumise à l'*impulso da parte*; la procédure devant la Cour de cassation, à l'*impulso ufficiale*, selon les expressions de la doctrine italienne ⁶⁰.

L'article 354 CPCN, en particulier, ne s'applique pas par analogie à la procédure du pourvoi.

*

La procédure devant la Cour de cassation est écrite. Des débats oraux ont lieu exceptionnellement. Ils ont alors un caractère purement accessoire ⁶¹. Le cadre du litige et les questions dont la Cour de cassation est saisie sont fixés exclusivement par des actes écrits, le pourvoi et la réponse.

*

⁶⁰ Chiovenda, 896, 897.

⁶¹ Faye, 206; Crépon, I, p. 291, N° 124; Japiot, p. 732, N° 1142; p. 737, N° 1149.

Les pouvoirs de la Cour de cassation varient selon la question qu'elle instruit. Celle-ci se rapporte soit à la solution juridique donnée au litige par le juge du fond, soit à la régularité de la procédure et du rapport d'instance devant le juge du fond, soit à la régularité de l'instance pendante devant la Cour de cassation.

La Cour de cassation a les pouvoirs d'instruction de tout juge, quant aux questions relatives à la procédure qui se déroule devant elle. Le recourant a-t-il renoncé à user des voies de recours, a-t-il qualité, intérêt ? Toutes questions que la Cour de cassation tranche en fait comme en droit ⁶². Elle requiert à cette fin tous moyens de preuve utiles.

Relativement aux faits procéduraux de l'instance précédente, la limite des pouvoirs d'instruction de la Cour de cassation n'est pas fixe.

Le jugement attaqué contredit-il un jugement antérieur, le juge du fond était-il matériellement compétent ?

La Cour de cassation ne connaît en aucun cas de pièces qui n'ont pas été soumises au juge du fond. Son pouvoir d'instruction est limité aux pièces qui font partie du dossier. Il faut pourtant faire une exception, en cas de contrariété de jugements (art. 393 *lit. c* CPCN) ; pour juger de l'inconciliabilité, la Cour de cassation doit connaître les antagonistes qui ne font pas nécessairement partie du même dossier.

La Cour de cassation peut-elle examiner les pièces du dossier en toutes circonstances et en toutes manières ? Il faut distinguer selon que le point contesté devant la Cour de cassation a fait ou non l'objet d'un jugement incident du premier juge.

Si le fait procédural n'a pas été formellement jugé au cours d'un incident dans l'instance précédente, la Cour de cassation jouit de tous pouvoirs pour le trancher, dans le cadre du dossier tel qu'il a été constitué devant le juge du fond ; il est nécessaire qu'il en soit ainsi : l'étendue de l'autorité de la chose jugée, la compétence dépendent de l'appréciation de l'étendue, de la nature, de la valeur, de l'objet de la demande...

Lorsque le fait procédural a été tranché par le juge du fond, les pouvoirs de la Cour de cassation sont plus restreints. Elle ne peut réapprécier entièrement la question pour comparer sa propre solution à celle du juge du fait. Elle serait alors une véritable cour d'appel. Elle doit se limiter à rechercher si les griefs invoqués par le recourant sont fondés.

La différenciation n'est pas arbitraire. Elle est nécessaire afin que la Cour de cassation soit en mesure de statuer et qu'elle conserve son caractère. Elle est légitime, de plus. Dans la première hypothèse, la Cour de cassation statue sur une erreur *in procedendo* ; nous avons vu qu'elle a,

⁶² Chiovenda, 900, 901 : « ... riguardi ai fatti attinenti al rapporto processuale di cassazione (capacità delle parti, inadmissibilità del ricorso, acquiescenza, notificazione, mandato, rinuncia) quindi fatti necessariamente nuovi, i poteri istruttori della Corte sono illimitati ».

alors, des pouvoirs plus étendus. Dans la seconde, elle connaît d'une erreur *in judicando*.

C'est dans l'examen des questions relatives aux faits de la cause (litige *stricto sensu*) que le pouvoir de la Cour de cassation est limité strictement aux questions de droit. Elle est alors véritablement un tribunal de doctrine.

*

Le dossier de la Cour de cassation se résume généralement au pourvoi, à la copie du jugement attaqué et à la réponse. Il peut être plus complet pourtant. Les parties ont la faculté, voire l'obligation d'y joindre toutes pièces utiles à l'intelligence du pourvoi ou de la réponse.

Dans les limites ainsi décrites de ses pouvoirs, la Cour de cassation requiert d'office ou sur proposition des parties toutes preuves utiles. L'article 398 CPCN, à première vue inconciliable avec le principe de l'exclusion du fait en cassation, s'avère donc parfaitement légitime. La Cour de cassation peut en outre requérir un rapport du juge qui a rendu la décision attaquée ⁶³.

Le dossier du juge du fond est transmis à la Cour de cassation si le recours n'est pas écarté d'emblée. Il en va de même, depuis quelques années, devant la Cour de cassation française. Dans la discussion qui fait suite au rapport de M. Maury sur la condition de la loi étrangère en droit français ⁶⁴, M. Lerebours Pigeonnière déclare : « Je reconnais qu'il y a une réforme très heureuse de la procédure d'après laquelle aujourd'hui le dossier entier est envoyé à la Cour de cassation; mais c'est tout récent. Tant que j'ai été, pour ma part, en fonction, sinon peut-être la dernière année, le dossier ne comprenait que l'arrêt et le mémoire; un point c'est tout. Lorsqu'il y a un acte écrit, si l'on discute au sujet d'une police d'assurance, d'un acte notarié, il figure dans le dossier où il doit se trouver, mais c'est tout. »

Le système risque de transformer la Cour de cassation en une juridiction statuant en fait et en droit, mais il suffit d'avoir conscience de ce danger pour l'éviter. La procédure de cassation gagne en précision et en exactitude.

§ 2. LES INCIDENTS DE LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR DE CASSATION.

Il ne s'en produit pratiquement jamais. Mais il ne faut pas déduire de ce fait qu'ils sont inconcevables ou prohibés.

⁶³ CCC V 550.

⁶⁴ Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, 131.

Les juges de la Cour de cassation sont récusables comme les membres des autres juridictions, pour les motifs énumérés à l'article 19 CPCN.

Ils doivent s'abstenir de fonctionner si l'une des hypothèses prévues par l'article 18 CPCN est réalisée (cause d'inhabilité).

La procédure devant la Cour de cassation se réduit à tellement peu de chose, que les parties ne savent même pas quels juges trancheront le pourvoi. Cette lacune de la procédure neuchâteloise porte atteinte au droit des parties d'avoir des juges neutres. Les plaideurs peuvent connaître les membres de la Cour de cassation, mais il arrive qu'à leur insu l'un d'eux soit remplacé par un suppléant. Les parties à la procédure de cassation devraient être avisées de la composition de la Cour de cassation et du jour où elle siégera.

La question n'a sans doute qu'une importance minime; la partialité des juges est moins à craindre dans la solution des questions de droit que dans l'appréciation des faits; mais l'argument ne suffit pas à exclure le droit de récusation devant la Cour de cassation, ni à en empêcher l'exercice ⁶⁵.

*

L'intimé ou le recourant prétend qu'une pièce produite est entachée de faux. La Cour de cassation doit pouvoir juger l'allégation. L'inscription en faux est concevable et possible devant elle ⁶⁶.

*

La réforme peut avoir lieu devant la Cour de cassation. Mais elle ne saurait viser le pourvoi lui-même. Cela reviendrait à autoriser le recours hors délai. Les plaideurs ne peuvent se réformer que d'actes accomplis devant la Cour de cassation, croyons-nous; c'est dire qu'en pratique la réforme n'a pas, devant la Cour de cassation, d'objet auquel elle puisse s'appliquer.

*

La question de l'intervention devant la Cour de cassation ne reçoit pas une réponse uniforme. La jurisprudence française n'est pas constante. Son attitude restrictive se justifie : l'intervention présente toute son utilité devant le juge du fond seulement. Elle ne doit être autorisée devant la Cour de cassation que si elle est le moyen extrême pour l'intervenant de sauvegarder ses droits. Il est nécessaire de distinguer plusieurs hypothèses.

⁶⁵ Glasson, Tissier et Morel, III, N^{os} 972, 974; Crépon, II, p. 178, N^o 735.

⁶⁶ Glasson, Tissier et Morel, III, N^o 973, p. 516; Crépon, II, p. 166, N^o 698; DH 1929 426.

Le demandeur en intervention devant la Cour de cassation a été partie au procès devant le juge du fond. Il figure en nom dans le jugement attaqué; celui-ci tranche ses prétentions. La Cour de cassation française a reconnu tout d'abord le droit d'intervenir à ce demandeur exclusivement. Mais n'est-ce pas à son égard qu'il faut se montrer restrictif? L'intervention lui permet d'éviter le délai de recours et de valider un pourvoi déguisé en intervention. Pour cette raison⁸⁷, la Cour de cassation française admet telle intervention seulement durant le délai de pourvoi. Dans ces limites, il ne s'agit pas d'une intervention mais de l'adhésion à un pourvoi déjà formé. A et B, consorts demandeurs volontaires ont été déboutés. Ils peuvent recourir conjointement par un même acte. B est donc aussi recevable à adhérer, durant le délai pour se pourvoir, au recours formé par A. En un mot, une partie au procès devant le juge du fond est irrecevable à intervenir devant la Cour de cassation. Elle peut seulement se joindre au pourvoi formé par une autre, si elle ne veut pas recourir de façon indépendante parce que le pourvoi rédigé la satisfait pleinement. A défaut d'adhésion ou de recours indépendant, la partie est déchue de son droit d'attaquer le jugement à l'expiration du délai; sa situation fait l'objet d'un jugement irrévocable; elle n'a plus aucun titre à participer à la procédure de cassation qui se déroule entre d'autres plaideurs. Si elle adhère à un pourvoi formé, la recevabilité de celui-ci sera examinée séparément pour les deux parties. La partie qui s'est jointe sera peut-être seule recevable! L'unité matérielle de l'acte de recours ne supprime pas la dualité ou la pluralité de pourvois.

Le demandeur en intervention devant la Cour de cassation est intervenu devant le juge du fond déjà. Il semble nécessaire de lui reconnaître un droit de nouvelle intervention. Telle manière de voir ne se concilie pourtant pas avec le droit personnel de recours que nous avons reconnu à l'intervenant devant le juge du fond. Titulaire d'un droit de recours, il en est déchu s'il ne l'exerce pas à temps. Il ne peut éluder cette déchéance par le détour d'une nouvelle intervention. L'intervenant devant le juge du fond peut introduire un recours indépendant ou adhérer au pourvoi de la partie au côté de laquelle il a participé à la procédure. Inversement celle-ci peut adhérer au recours de l'intervenant si elle agit à temps.

La jurisprudence française a admis que de véritables tiers au procès devant le juge du fond interviennent devant la Cour de cassation⁸⁸. Celle-ci a exigé tout d'abord que le tiers, demandeur en intervention, justifie d'un

⁸⁷ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, p. 357, N° 184; S 1920 I 366: « La partie qui n'a pas formé de pourvoi dans les délais légaux ne saurait être reçue intervenante devant la Cour de cassation »; Faye, 280.

⁸⁸ Glanon, Tissier et Morel, III, p. 514, N° 972.

intérêt ⁶⁹, puis d'un intérêt direct ⁷⁰, puis d'un intérêt direct et inséparable de celui du défendeur, ou de circonstances exceptionnelles ⁷¹. La Cour de cassation française se réserve ainsi un droit souverain d'appréciation ⁷². Certains cas analogues, tranchés pourtant différemment, ne manquent pas de dérouter.

Le tiers est sans intérêt à intervenir devant la Cour de cassation au côté de l'intimé. Ce faisant, il manifeste l'intention de défendre l'arrêt attaqué; or, si la décision est maintenue, le tiers est satisfait, si elle est cassée, il pourra intervenir devant le juge de renvoi. La Cour de cassation française déclare à juste titre : « La demanderesse en intervention devant la Cour de cassation dont l'intérêt sera à l'abri de toute atteinte si le pourvoi est rejeté et qui pourra si, au contraire, le jugement est annulé, intervenir devant la juridiction de renvoi, est irrecevable en sa demande » ⁷³.

*

La dénonciation ou l'intervention forcée a pour effet d'étendre l'autorité et les effets du jugement au dénoncé. Elle n'est concevable et utile que très exceptionnellement devant la Cour de cassation.

Elle est inutile et inefficace à l'égard des tiers à la procédure devant le juge du fond. Elle aurait pour seul effet d'intégrer le tiers à la procédure de cassation et de le soumettre à l'arrêt de la Cour de cassation. Si l'arrêt confirme la décision inférieure, le dénoncé, partie à celui-là, n'en sera pas pour autant partie à celle-ci. Il n'a pas participé à la procédure devant le juge du fond; il n'a donc pu surveiller l'opportunité et la régularité de l'attitude du dénonçant. Il est trop tard pour le dénoncé, de vouloir se ménager, devant la Cour de cassation, un droit de recours obligationnel contre un tiers. Si l'arrêt casse la décision inférieure, la dénonciation est sans intérêt devant la Cour de cassation : elle sera possible devant le juge de renvoi.

L'intervention forcée de tiers en cassation est donc inadmissible en principe.

A l'égard des parties à la procédure devant le juge du fond, la dénonciation présente une utilité dans un cas spécial. Le défendeur au fond dénonce le

⁶⁹ Gaz. Pal., 1927, p. 418 (11 janvier 1927).

⁷⁰ Cass. civ. du 15 février 1937, Bulletin civil, I, N° 35, p. 77.

⁷¹ BACCC 1953 IV p. 240 N° 328; 1953 I p. 252 N° 305; 1954 III p. 263 N° 349; 1956 I p. 40 N° 52; 1956 IV p. 597 N° 798.

⁷² S 1931 I p. 161 note I : « L'intervention d'un plaideur pour la première fois devant la Cour de cassation n'est recevable que si elle est justifiée par des conditions exceptionnelles et des raisons d'intérêt que la Cour se réserve le droit d'apprécier en vertu d'un véritable pouvoir discrétionnaire. » S 1932 I 287.

⁷³ BACCC 1948 p. 764 N° 694.

litige au garant, par exemple. Le défendeur obtient gain de cause. Le perdant intime le défendeur seul devant la Cour de cassation, ce qu'il est en droit de faire, le rapport dénonçant-dénoncé lui étant étranger. Nécessité apparaît alors de reconnaître à l'intimé (défendeur au fond) le droit de dénoncer la procédure de pourvoi au garant, pour sauvegarder son droit de recours obligationnel et pour que le garant ne puisse pas opposer ultérieurement au dénonçant un jugement qui donnait gain de cause au dénonçant et libérait ainsi le garant ⁷⁴.

§ 3. L'ISSUE DU POURVOI.

Une fois introduit et communiqué à l'intimé, le pourvoi s'achemine rapidement, en droit neuchâtelois, à sa solution. C'est l'issue normale du pourvoi en cassation. Exceptionnellement, le pourvoi régulièrement introduit avorte, du fait du recourant, de l'intimé ou de circonstances indépendantes de la volonté des plaideurs.

*

Le retrait du pourvoi arrête la procédure. Son admissibilité n'est pas contestée ⁷⁵. Plusieurs circonstances motivent l'attitude du recourant. Il s'aperçoit d'une irrégularité qui rendra le pourvoi irrecevable; il veut éviter ou restreindre une condamnation d'ores et déjà certaine aux frais de la procédure. Ou bien l'intimé a fait des offres de transaction qui lui plaisent.

Le retrait est-il irrémédiable? Affecte-t-il le droit de recours ou seulement l'instance de recours? S'il est irrémédiable, il ne sera pas possible d'introduire un nouveau pourvoi.

La question est sans intérêt pratique en droit neuchâtelois. Le retrait après l'expiration du délai de recours est toujours irrémédiable; or, pratiquement, il a toujours lieu à ce moment étant donné la brièveté du délai pour se pourvoir.

La doctrine admet en général que le retrait ne déchoit pas du droit de recours, si l'intéressé se trouve encore dans le délai ⁷⁶.

M. Nikisch tempère cette manière de voir. Il propose de tenir compte des circonstances: le retrait déchoit du droit de recours s'il implique renonciation, c'est-à-dire s'il n'est pas motivé par des raisons objectives et sérieuses. Le retrait n'a pas cet effet s'il se fonde sur des motifs sérieux, s'il a pour but, par exemple, de remédier à un vice de forme ⁷⁷.

⁷⁴ Glasson, Tissier et Morel, III, p. 515, N° 572; S 1932 I 282 note de Génv.

⁷⁵ Guldener, Zpr., 513; Menzel, 20; Crépon, I, p. 553, N° 1080.

⁷⁶ Schönke, § 84 V N° 3; Stein Jonas, § 515 III; Glasson, Tissier et Morel, II, 652; Morel, N° 610.

⁷⁷ Nikisch, § 119 I 4.

Le Tribunal fédéral n'admet pas cette manière de voir. Confirmant une jurisprudence plus ancienne, il a déclaré récemment que le retrait du recours impliquait renonciation ⁷⁸.

Le retrait du recours est un acte de disposition procédural s'il déchoit du droit de se pourvoir. Il exige la capacité de disposer et les autorisations nécessaires à l'accomplissement de tels actes ⁷⁹.

Il est au contraire un acte ordinaire de procédure s'il ne touche pas au droit de recours. L'introduction d'un second pourvoi et la déclaration simultanée de retrait du premier, accomplies dans le délai pour recourir, ne constituent pas un acte de disposition. L'article 57 CPCN, en particulier, ne s'applique pas dans ce cas.

Le recourant supporte les frais de la procédure avortée par son retrait.

*

Inversement, l'intimé arrête la procédure de pourvoi en renonçant intégralement ⁸⁰ au bénéfice que lui procure le jugement attaqué. Si le recourant ne retire pas alors le pourvoi, il sera déclaré irrecevable, faute d'intérêt, mais aux frais de l'intimé.

En revanche, nous avons vu que l'intimé ne peut arrêter la procédure en acquiesçant au pourvoi. Cette attitude ne suffit pas à fonder la cassation, ni à exclure l'intérêt du recourant au pourvoi. Elle sera souvent le prélude à une transaction.

*

Des circonstances rendent le pourvoi sans objet.

La décision préjudicielle sur la compétence a été attaquée. La procédure devant le juge du fond a suivi son cours jusqu'à jugement définitif, objet d'un pourvoi lui aussi. La cassation ultérieure de la décision préjudicielle anéantit le jugement final par voie de conséquence. La procédure du second pourvoi avorte.

On peut imaginer d'autres exemples : confusion des qualités, mort d'un titulaire de droits strictement personnels, etc...

*

Signalons enfin le retrait forcé du pourvoi, lorsque le recourant ne fait pas l'avance des frais exigée par la Cour (art. 402 al. 1 et 359 al. 2 CPCN). L'avance des frais est en pratique toujours demandée aux plaideurs qui n'ont pas d'avocat. Le procédé décourage plus d'un recours.

⁷⁸ ATF 83 II 57; JT 1957 I 567.

⁷⁹ Morel, N° 610.

⁸⁰ CCC VI 121; Crépon, N° 1105; Glasson, *Tiessier et Morel*, II, 599; III, 518.

Titre VI

L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION

C'est le paradoxe de notre condition, à nous, humains, de devoir faire des pas obliques pour marcher droit et aller au but.

(René Berger, *Découverte de la peinture*).

Chapitre premier

GÉNÉRALITÉS

§ 1. LES POUVOIRS DE LA COUR DE CASSATION.

La Cour de cassation n'exerce pas, à l'occasion d'un procès, tous les pouvoirs que la loi lui reconnaît abstraitement. Qu'elle connaisse de toute question de droit ne signifie pas qu'elle se saisisse de tous les problèmes juridiques des espèces qui lui sont soumises. Quelle est la teneur concrète des pouvoirs de la Cour de cassation ?

*

La Cour de cassation juge seulement les moyens valablement invoqués devant elle. Chaque moyen fonde un droit de cassation. En se saisissant de moyens qui n'ont pas été soulevés, elle statue sur des droits non déduits en justice, donc *ultra petita*. La Cour de cassation prononce l'annulation sur la base des moyens invoqués par le recourant seulement; elle retient en revanche d'office les moyens d'ordre public, comme tout tribunal.

Les droits français, italien et neuchâtelois observent ces règles¹. Elles participent de la nature du pourvoi en cassation.

¹ BACCC 1950 II 219 N° 311 : « Le moyen d'ordre public tiré de... peut être soulevé d'office et la cassation doit être prononcée sans qu'il soit besoin de statuer d'office sur le moyen du pourvoi. » DH 1932 331, 1933 586; Calamandrei, II, N° 75; Chiovenda, 885; Redenti, II, 449; Guidener, th., 73; CCC VI 81; RJN I 56, 144.

En qualité de troisième instance *in jure*, le *Bundesgerichtshof* de Karlsruhe n'est pas, en matière d'erreurs *in iudicando*, limité aux moyens invoqués². La règle s'accorde avec la nature de la « *Revision* ». Appliquée au pourvoi, elle en changerait le caractère. Des propositions dans ce sens n'ont d'ailleurs jamais été faites. Au contraire, le statut des moyens d'ordre public en cassation a fait l'objet de critiques.

Le statut spécial des moyens d'ordre public se légitime devant le juge du fond, mais non devant la Cour de cassation, selon Calamandrei³. La Cour suprême devrait s'en tenir, exclusivement et sans aucune exception, aux moyens soulevés *expressis verbis* par les plaideurs. L'argumentation de Calamandrei se résume ainsi : le statut spécial des moyens d'ordre public en cassation ne se justifie ni par le principe *jura novit curia*, ni par le principe de l'officialité; il est donc sans fondement. Fût-il justifié, il causerait de grandes difficultés : toute violation de la loi étant, en quelque sorte, une violation de l'ordre public, le statut des moyens d'ordre public serait susceptible de généralisation. Ces arguments ne résistent pas à la critique. Il est entendu que le statut des moyens d'ordre public en cassation ne se fonde pas sur le principe *jura novit curia*. Celui-ci ne distingue pas le droit d'ordre public et le droit d'ordre privé. Le principe de l'officialité, qui commande au juge de retenir spontanément les moyens d'ordre public, ne vaudrait que jusqu'à « fin de cause », selon Calamandrei. Le pourvoi se situerait au-delà. L'argument est discutable. La notion procédurale de l'ordre public assure, facilite et impose l'application de dispositions particulièrement importantes. La borne « fin de cause » doit être placée aussi loin que possible. La caractéristique des moyens d'ordre public est d'être soustraits à la volonté des parties. Pourquoi la règle ne vaudrait-elle pas devant la Cour de cassation ? Elle vaut devant toute juridiction. Enfin la notion, vague et difficile à cerner, de l'ordre public est à interpréter *strictissimo sensu* de toute façon. Il n'est pas question de qualifier toute ouverture à cassation de moyen d'ordre public.

Ce que nous venons de dire s'applique aux moyens de fond devant la Cour de cassation. En revanche, celle-ci examine d'office si le recourant satisfait aux conditions de recevabilité. Le droit neuchâtelois applique la règle jusque dans ses dernières conséquences. Elle vaut aussi en matière de renonciation au pourvoi⁴.

*

² Lent, 202; Rosenberger, § 143 II 2; CPCAI, art. 559.

³ Calamandrei, II, p. 257, note 2 : « ... io penso che, se si vuol rispettare da una parte la struttura propria del giudizio di cassazione, dall'altra il principio di disposizione, si debba ritenere vietato in ogni caso il giudice di cassazione il rilievo di vizi della sentenza impugnata non denunciati dal ricorrente ».

⁴ RJN I 214.

Une règle traditionnelle exclut la censure de la Cour de cassation dans les domaines abandonnés à la libre appréciation, au pouvoir discrétionnaire du juge du fond⁶. La Cour de cassation s'assure seulement que les juges du fond restent dans les limites légales d'appréciation. La règle a un fondement logique. Le juge ne peut violer une volonté légale inexistante. La Cour de cassation, gardienne de la loi uniquement, n'a donc pas à intervenir.

La règle rencontre pourtant deux objections sérieuses.

La Cour de cassation contrôle exclusivement la saine application de la loi. Elle ne garantit pas le respect des autres sources du droit. Mais elle doit, néanmoins, avoir une conception large et vivante de la notion de loi. Dès lors, les questions laissées à la libre appréciation du juge sont-elles, par voie de conséquence, soustraites automatiquement à la censure de la Cour de cassation ?

La seconde objection a plus de poids. Le pouvoir discrétionnaire, notion importée du droit administratif, trouve-t-il véritablement application en droit judiciaire privé ? On l'a contesté⁶. On peut le nier, dans la perspective du droit suisse, en se fondant sur un argument de l'Ecole de la libre recherche scientifique. Le pouvoir discrétionnaire autorise à résoudre une question sans observer de règles objectives extérieures. Or, en vertu de l'article 4 CCS, de portée tout à fait générale, le juge, abandonné par la loi à son appréciation, s'inspire des règles de l'équité, de la bonne foi et des circonstances concrètes. En appliquant les maximes de l'équité et de la bonne foi, le juge n'observe pas de règles extérieures rigides ; il ne fait pas appel, selon l'expression de Gény⁷, à la « raison raisonnante » ; mais il doit toutefois se déterminer selon des considérations « objectives »⁸. « ... l'interprète ne peut être abandonné à son seul arbitraire et au libre caprice de sa fantaisie, en dehors même des règles que lui tracent les sources impératives. De ce que nous avons reconnu une large place à faire à l'appréciation personnelle du juge, il n'est pas à conclure que cette interprétation soit livrée à la mobilité et au désordre des conceptions subjectives, et que nous entendions recommander une façon d'impressionnisme dans l'application du droit. »⁹

On est donc fondé à soutenir que le pouvoir discrétionnaire n'existe pas en droit judiciaire privé, où l'on rencontre seulement une certaine liberté,

⁶ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, p. 657, N° 374; Faye, 165; Marty, th., 266. BACCC 1949 14 N° 22 : « Echappe au contrôle de la Cour de cassation une décision qui procède de considérations d'équité et d'une appréciation des circonstances de fait et qui ne viole aucune disposition de la loi. » Rosenberg, § 140 III 2 a.

⁷ Schwinge, 107 à 112 : « Damit dürfte der Streit darum, ob es wirklich freies Ermessen i. S. vollständiger Entscheidungsfreiheit gibt, endgültig zugunsten der Lehre entscheiden sein, die alles Ermessen als gebundenes Ermessen betrachtet. » Wehli, 18 : « Für ein freies Ermessen, wie es in der Verwaltung in gewissen Fällen gilt, ist auf dem Gebiete der Rechtssprechung kein Raum. »

⁸ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 163.

⁹ Tuor, *Le code civil suisse*, 2^e éd. fr., trad. M. Deschenaux, Zurich, 1950, p. 40.

⁰ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 189.

relative, d'appréciation, plus large, en général, en matière gracieuse qu'en matière contentieuse.

Comment démarquer alors les pouvoirs respectifs de la Cour de cassation et des juridictions inférieures ? La tâche incombe à la politique de la cassation guidée par la distinction plus intuitive que logique du fait et du droit.

La liberté d'appréciation du juge du fond relève-t-elle du domaine du *sollen* ? La décision rendue en vertu de cette liberté peut-elle constituer un précédent ? Le juge établit-il des règles assez générales pour servir d'exemples ? Alors, la Cour de cassation exerce son contrôle. Si, au contraire, le pouvoir d'appréciation du juge inférieur concerne le domaine du *sein*, la détermination du fait concret, la solution d'une question propre à l'espèce précise, exclusivement, le contrôle de la juridiction suprême ne s'avère pas nécessaire. La décision rendue en vertu de ce pouvoir d'appréciation ne dépasse pas le cadre du litige.

Les règles d'équité et de bonne foi auxquelles renvoie l'article 4 CCS ne se distinguent pas des maximes d'expérience¹⁰. Il faut donc les traiter identiquement. La règle d'équité au service de l'application de la loi, de la recherche de la volonté légale autonome, est soumise au contrôle de la Cour de cassation. La règle d'équité au service de l'établissement des faits, y échappe.

Cette manière de voir est en harmonie avec le droit suisse. Elle concorde avec le double rôle que GénY assigne à la règle d'équité et de bonne foi. Elle est soit « une sorte d'instinct qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va de lui-même et tout droit à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique », soit, « en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice, la considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générales ou les modelant à la mesure des éléments concrets »¹¹. GénY réserve à la règle d'équité, en sa première fonction, une place importante dans l'interprétation juridique. L'équité au service de l'interprétation juridique relève de la compétence de la Cour de cassation.

En tant qu'il fait œuvre de législateur, au sens de l'article 1 CCS, le juge du fond est soumis au contrôle de la Cour de cassation.

•

La Cour de cassation est liée par le droit objectif comme toute juridiction. Elle a l'obligation d'annuler le jugement lorsqu'elle constate la réalisation d'un moyen de cassation. Inversement, elle ne peut anéantir le jugement exempt d'un tel vice.

¹⁰ Von Tuhr, *Partie générale du code fédéral des obligations*, trad. MM. de Torrenté et Thilo, 2^e éd., Lausanne 1933, p. 46.

¹¹ GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 163.

La Cour de cassation n'a pas la faculté de créer ou d'abroger des ouvertures à cassation. Le défaut de base légale et le déni de justice, d'origine jurisprudentielle, des droits français et neuchâtelois, sont des cas absolument exceptionnels. Formés progressivement sous l'impulsion des nécessités pratiques, ils s'analysent plutôt en une mise en pratique, en une coordination de la loi et de la réalité.

La Cour de cassation a l'obligation de casser lorsqu'elle constate une cause d'annulation. Gény l'a contesté : « Je me sens porté à considérer que, placé en face d'une véritable question de droit, dont l'examen lui appartient certainement, suivant l'idée fort large que je me suis faite de ses pouvoirs, la Cour de cassation, pour répondre à l'esprit même de son institution, n'a pas toujours à se prononcer catégoriquement pour ou contre la solution prise; qu'elle doit mesurer sa censure à l'énergie de la règle de droit méconnue; que, par conséquent, et au point de vue pratique, le rejet d'un pourvoi peut, parfois, signifier un *non licet* ou plutôt un *non expedit* parfaitement légitime. C'est ici, surtout, qu'il importerait de remarquer qu'aucune contrainte positive ne bride l'appréciation de notre juridiction suprême. Même la loi de son institution ne lui impose de prononcer la cassation d'un jugement que pour contravention expresse à la loi. Hors de là et par quelque mobile qu'elle se dirige, elle ne se soustrait à aucune injonction impérative, elle ne se dérobe pas à sa mission sagement comprise, en rejetant le pourvoi contre une décision qui ne lui paraît pas formellement condamnable. »¹²

Par ce canal, Gény corrige les pouvoirs étendus qu'il accorde à la Cour de cassation. Il conserve ici, semble-t-il, l'empreinte de l'École de l'exégèse. Il admet l'obligation de cassation seulement dans les hypothèses où la lettre, l'esprit, le sens, tirés des éléments internes, de la loi, sont violés. Il reconnaît au contraire liberté de cassation lorsque le jugement transgresse la volonté légale telle qu'elle est dégagée à l'aide d'éléments externes à la disposition elle-même¹³.

A notre sens, le pouvoir d'appréciation de la Cour de cassation ne porte pas sur la conséquence mais sur la qualification légale du vice qui affecte l'acte juridictionnel. La Cour de cassation jouit d'une certaine liberté quant à savoir si telle imperfection constitue un moyen de cassation. Mais elle est liée à la solution qu'elle donne à cette question. Elle doit annuler lorsqu'elle admet la réalisation d'une ouverture à cassation.

Les deux manières de voir aboutissent, pratiquement, à un résultat identique. En théorie, la seconde, qui est l'*opinio communis*, est préférable. Elle est plus orthodoxe; les tribunaux n'ont pas seulement la faculté de sanctionner les actes viciés; c'est une obligation; l'indépendance très grande des magistrats de l'ordre judiciaire doit être compensée par une soumission stricte à la loi. Elle est plus rigoureuse; elle assure une régularité plus remar-

¹² Gény, *ibid.*, N° 181, 569.

¹³ Gény, *ibid.*, 570.

quable des décisions de la Cour de cassation. Celle-ci est astreinte à une discipline plus stricte si son pouvoir d'appréciation porte sur la qualification. La Cour de cassation ne peut étendre ou restreindre les ouvertures précisément définies par la loi, la doctrine et la jurisprudence, que par un lent travail progressif. Sa jurisprudence en est plus harmonieuse.

*

La Cour de cassation est enfin astreinte à des règles de droit intertemporel. De la décision au fond à l'arrêt de la Cour, se sont peut-être produits des changements législatifs. Exerceront-ils une influence sur le pourvoi ? Le juge du fond a reconnu, à juste titre en vertu de la loi alors en vigueur, un droit subjectif supprimé par le droit nouveau. Ou bien, la décision, erronée selon le droit ancien, se justifie selon le droit nouveau. La Cour cassera-t-elle le premier, confirmera-t-elle le second de ces jugements.

Des auteurs pensent que les plaideurs peuvent, d'une façon générale, obtenir la cassation en vertu du droit nouveau, adopté postérieurement à la décision attaquée. La Cour de cassation devrait donc se placer non au point de vue du juge du fond, mais à celui qu'il aurait adopté s'il avait rendu sa décision au moment où elle juge le pourvoi¹⁴. C'est la théorie dissidente¹⁵.

L'*opinio communis* est que la Cour de cassation juge selon le droit que le tribunal inférieur devait appliquer lorsqu'il a rendu sa décision. Les changements législatifs postérieurs à la décision ne modifient pas son sort devant la Cour de cassation.

C'est la solution juste en matière de pourvoi. La Cour de cassation ne juge pas les prétentions au fond des parties ; elle juge le jugement¹⁶. Elle doit donc se placer au point de vue du juge inférieur. Mais la règle inverse se justifie en droit allemand, car la *Revision* a la nature d'une instance d'appel limitée aux questions de droit. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine françaises sont fondées, de même que la doctrine allemande.

La règle valable pour le pourvoi souffre de deux exceptions : lorsque la loi nouvelle est rétroactive¹⁷ et lorsqu'elle est purement interprétative d'une disposition antérieure.

¹⁴ Schwinge, 247 : « Weiter, zeigte sich, dass die Revision auch dann begründet ist, wenn das Urteil im Widerspruch mit einem Gesetz steht, das erst nach Erlass des Berufungsurteil ergangen ist. » Rosenberg, § 134 III.

¹⁵ Schwinge, 75, 77.

¹⁶ DH 1936 162 : « Les dispositions d'une loi nouvelle ne sauraient être invoquées devant la Cour de cassation et entraîner l'annulation d'une décision rendue conformément aux textes en vigueur au moment où elle est intervenue. » Gaz. Pal. 1939 II 262 ; Faye, p. 85, N° 57 ; p. 141.

¹⁷ Chiovenda, 871 : « Denunciabile è pure la violazione di diritto nuovo cioè di diritto divenuto applicabile dopo la pubblicazione della sentenza, in quanto naturalmente i rapporti preesistenti vi siano soggetti... Certo è poi che in questo caso, il giu-

La doctrine française, unanime sur le principe, n'admet pas la première exception. La loi, même rétroactive, adoptée ultérieurement au jugement attaqué ne saurait influencer le pourvoi ¹⁸.

En revanche, lorsque la loi postérieure est non seulement rétroactive mais encore déclarative de nullité de la loi antérieure, elle peut être invoquée à l'appui d'un pourvoi ou à l'appui de la confirmation d'un jugement vicié selon le droit antérieur. En application de cette règle, la Cour de cassation française a rejeté des pourvois qui invoquaient la violation de dispositions légales adoptées par le gouvernement de Vichy, mais déclarées nulles, postérieurement au jugement attaqué, par le gouvernement provisoire ¹⁹.

Cette jurisprudence est absolument fondée. Elle met en lumière l'erreur qui consiste à rejeter le pourvoi fondé sur une loi ultérieure rétroactive. Quelle différence juridique y a-t-il entre une loi rétroactive et une loi déclarative de la nullité d'une disposition antérieure ? La déclaration de nullité est une sanction plus énergique. Elle implique un blâme à l'adresse de la disposition déclarée nulle et de son auteur, qu'une abrogation rétroactive ne contient pas. Mais juridiquement la distinction est mince entre la déclaration de nullité et l'annulation rétroactive.

M. Rouast ²⁰ défend la règle selon laquelle « la violation d'une loi ultérieure, même rétroactive, ne peut donner lieu à cassation ». L'effet rétroactif est tellement exceptionnel et tellement anormal qu'il faudrait limiter son application dans toute la mesure du possible. M. Rouast conclut qu'une loi rétroactive n'autorise la cassation d'un jugement antérieur que si le législateur le spécifie formellement. L'argumentation ne nous paraît pas solide. Dans toute la mesure où la loi se déclare rétroactive, telle qualité doit lui être reconnue. L'effet rétroactif est sans doute exceptionnel et anormal. Il est entendu qu'il faut circonscrire sa portée. Mais cela n'empêche que, dans la mesure des cas légaux, la loi rétroactive doit s'appliquer rétroactivement. C'est dans la détermination des exceptions à la non-rétroactivité que l'interprète doit être absolument strict. Mais l'exception une fois reconnue, elle doit bénéficier des garanties judiciaires accordées aux lois ordinaires.

La violation de la loi rétroactive, adoptée postérieurement au jugement attaqué, peut être invoquée devant la Cour de cassation, tant à l'appui qu'à l'encontre du pourvoi.

La doctrine française admet que les dispositions purement interprétatives de la loi en vertu de laquelle le juge inférieur a rendu sa décision, soient invoquées en cassation, en faveur ou contre le jugement rendu antérieurement à leur adoption ²¹. La loi interprétative ne modifie pas en effet

dica nel momento in cui pronunciava non ebbe a violare la legge; ma ciò non ha importanza: per la cassazione non si, richiede un errore imputabile al giudice, ma una sentenza attualmente e oggettivamente contraria a la legge. »

¹⁸ DP 1921 129, note de M. Rouast; DP 1930 129, note de Capitant.

¹⁹ Jurisclasseur périodique, semaine juridique, 1947, N^{os} 3461, 3484, 3485.

²⁰ Rouast, DP 1921 130.

²¹ *Ibid.*; Capitant, DP 1930 129.

le commandement légal, mais le dévoile et le précise. Les juges doivent respecter dans leurs interprétations les lois obscures. Leurs jugements encourrent cassation s'ils méconnaissent la volonté légale, bien qu'établie par une loi interprétative postérieure. La loi interprétative s'oppose à la loi modificative de la loi antérieure. « La loi interprétative n'est pas une disposition nouvelle, c'est une loi annexée à la loi ancienne avec laquelle elle se soude pour ainsi dire. »²²

Si la loi nouvelle déploie des effets immédiats, mais non rétroactifs, la Cour de cassation jugera conformément au droit que le juge du fond devait appliquer. L'instance devant le juge de renvoi se déroulera selon le droit nouveau. La règle vaut en particulier pour les lois de procédure. Dans ce cas, les faits litigieux passés restent soumis à la loi ancienne.

§ 2. LES DÉCISIONS RENDUES PAR LA COUR DE CASSATION

Le recourant n'a pas le droit de recours qu'il prétend. La Cour de cassation rend une décision d'irrecevabilité. Le droit de recours se distingue du droit à obtenir la cassation. L'existence du premier ne préjuge en rien de l'existence du second. L'arrêt d'irrecevabilité est motivé. Il détermine le sort de plusieurs droits de procédure et indirectement de la prétention au fond. La Cour de cassation indique quelle condition de recevabilité fait défaut ou quelle circonstance a causé la déchéance du droit de recours. Elle condamne le recourant aux frais et dépens.

La décision de recevabilité n'est en pratique jamais rendue séparément. Mais rien n'exclut qu'il en soit ainsi. Est-elle astreinte au principe de la motivation ? Sans doute, si l'intimé a invoqué des moyens tendant à l'irrecevabilité du pourvoi. La déclaration de recevabilité implique que les moyens de l'intimé ne sont pas fondés. Dans l'hypothèse inverse, la décision de recevabilité n'est pas toujours motivée. Elle peut être implicite, d'autant plus qu'elle fait corps avec la décision sur le fond. Les conditions de recevabilité sont nombreuses. Elles posent des questions délicates. Si l'irrecevabilité ne ressort pas clairement du pourvoi, et si l'intimé ne soulève aucun moyen, la Cour de cassation n'est pas astreinte à une motivation et à une décision exhaustives.

L'arrêt de recevabilité pris séparément au fond est une décision incidente. L'arrêt d'irrecevabilité est une décision finale. Celle-ci est définitive.

²² Rouast, *ibid.*

Celle-là l'est-elle aussi ? L'arrêt de recevabilité dessaisit-il la Cour de la question de recevabilité ? Dans une certaine mesure seulement. Il est possible qu'un moyen à l'appui d'un pourvoi déclaré recevable *in globo* s'avère irrecevable, que le pourvoi, déclaré recevable tout d'abord, cesse de l'être, faute d'intérêt, parce que l'intimé a renoncé à se prévaloir du jugement attaqué. L'arrêt de recevabilité est définitif relativement aux questions qu'il tranche et en l'état où il les tranche. Si la Cour affirme que le jugement est attaqué en cassation, elle ne peut revenir sur sa décision. Si elle admet que l'intérêt à recourir existe au moment de la déclaration de pourvoi, elle ne peut revenir sur la question ; elle peut par contre constater, en cours de procédure, la disparition de l'intérêt, et prononcer l'irrecevabilité.

*

L'arrêt de rejet déboute le recourant. Ce n'est pas une nouvelle décision sur le fond. La solution du litige procède de la décision maintenue²³. L'arrêt de rejet concerne seulement la prétention à obtenir la cassation, qu'il déclare non fondée. C'est une décision finale et définitive. Il condamne le recourant aux frais et dépens.

*

La Cour de cassation reconnaît, en quelque sorte, la prétention du recourant, en corrigeant la motivation sans toucher le dispositif du jugement attaqué. « Il appartient à la Cour de cassation de substituer en tant que besoin des motifs de pur droit à ceux critiqués par le pourvoi comme erronés mais qui sont inopérants »²⁴ « ... de substituer aux motifs du jugement, soumis à sa censure, la conséquence juridique des faits constatés par les juges du fond, qui en justifient légalement le dispositif »²⁵.

Le principe, d'origine jurisprudentielle, a un fondement légal dans le nouveau code de procédure civile italien²⁶. Sous l'empire de l'ancien code, la jurisprudence italienne l'admettait aussi²⁷.

M. Provinciali a critiqué la règle. Elle ne se concilierait pas avec le caractère extraordinaire du pourvoi. Elle serait inique pour l'intimé, privé ainsi des garanties de la procédure de renvoi²⁸.

Ces dangers n'existent pas si le pouvoir de rectification de la Cour de cassation est bien délimité. Sous prétexte de corriger une motivation erronée, la Cour de cassation ne doit pas s'autoriser à remédier aux vices de forme du jugement.

²³ Hofmann, N° 211, p. 219.

²⁴ BACCC 1950 I 185 N° 242.

²⁵ S 1934 I 366.

²⁶ CPCIt. art. 384 al. 2 ; De Maio, N° 219 ; Redenti, II, 464.

²⁷ Provinciali, 15.

²⁸ Provinciali, 16 et 18.

La jurisprudence et la doctrine se sont rendu compte qu'il fallait préciser les conditions de l'exercice de ce pouvoir. La jurisprudence française citée parle des moyens de « pur droit », des conséquences juridiques susceptibles d'être tirées des faits constatés et justifiant le dispositif légalement. Faye exclut le pouvoir de correction de la Cour de cassation relativement aux vices de forme : « ... lorsque le dispositif lui paraît justifié par les constatations de l'arrêt, elle peut, pour son maintien, suppléer un motif de pur droit ou le substituer à un motif erroné; mais il faut, pour qu'elle use de ce pouvoir, qu'il y ait un motif à compléter, à remplacer, ou dont les conséquences juridiques restent seules à tirer; il faut que la décision ait le caractère légal d'un jugement et elle ne l'a que si elle satisfait aux conditions de forme que le juge est tenu d'observer »²⁹. L'opinion de M. Le Clec'h va dans le même sens : « Il y a lieu à rejet du pourvoi quand, malgré les erreurs de doctrine commises par les juges du fond, la décision est justifiée ou bien par les faits constatés par eux, ou bien par d'autres motifs de pur droit non encore examinés, mais que la Cour de cassation doit suppléer à condition de trouver dans la décision attaquée toutes les circonstances de fait dont il ne lui reste plus qu'à tirer les conséquences juridiques. »³⁰

Le pouvoir de correction de la Cour de cassation est en corrélation avec la règle de la causalité examinée à propos de l'erreur *in judicando*. En elle, il trouve ses limites naturelles. La Cour de cassation rectifie les erreurs de droit non causales qui affectent le jugement dans sa motivation.

Dans ces limites, le pouvoir de correction de la Cour de cassation se justifie pleinement. Il a pour objet des erreurs qui ne rentrent pas dans les prévisions de l'article 393 CPCN.

Est-ce la motivation entière du jugement attaqué qui est sujette à rectification ou seulement la partie des motifs critiquée par le demandeur en cassation? La seconde manière de voir est préférable. Le droit de correction est un pouvoir accessoire. La Cour de cassation ne l'exerce que dans la mesure de son pouvoir d'examen et de cassation, concrètement délimité par les moyens dont elle est saisie. S'il était de nature indépendante, une partie pourrait demander à la Cour de cassation la seule correction du jugement. Or, tel procédé est inadmissible, car le pourvoi n'a d'existence juridique que s'il contient des conclusions tendant à la cassation du jugement. La Cour de cassation ne supplée la motivation erronée que dans la mesure où le recourant la critique et prétend en tirer un moyen de cassation.

L'arrêt de rectification est une variété d'arrêt de rejet, bien qu'il donne, en quelque sorte, raison au demandeur en cassation. La prétention de celui-ci n'est pas fondée. Aucun moyen de cassation ne se trouve réalisé. Il est donc juste qu'il supporte les frais et dépens.

*

²⁹ Faye, 118.

³⁰ Le Clec'h, JCP, 1948, I, N° 720.

Enfin, la Cour de cassation peut déclarer le pourvoi bien fondé en totalité ou dans quelques-uns de ses moyens. Elle anéantit le jugement attaqué.

Les deux derniers chapitres de ce titre seront consacrés à la nature, aux effets et aux suites de la cassation.

*

L'arrêt de la Cour de cassation est susceptible de recours dans une mesure restreinte seulement. Pratiquement, il n'est jamais attaqué.

Il peut faire l'objet d'une demande d'interprétation ou de rectification. La jurisprudence française l'admet ³¹.

La recevabilité de la requête civile contre un arrêt de la Cour suprême française est controversée. M. Luro la nie ³². Nous ne voyons pas quel argument empêcherait de demander la révision d'un arrêt de la Cour de cassation neuchâteloise affecté d'un vice qui ouvre cette voie de recours.

Les voies de recours au Tribunal fédéral ne sont, en principe, pas ouvertes contre les arrêts de la Cour de cassation neuchâteloise.

Les recours en réforme et en nullité sont recevables dès que les moyens cantonaux ordinaires sont épuisés. L'utilisation des voies extraordinaires de droit cantonal ne prolonge pas leur délai.

Le recours de droit public est recevable contre les décisions d'irrecevabilité et de mal-fondé de la Cour de cassation, qui sont entachées d'un vice prévu à l'article 84 OJF. Il est au contraire irrecevable contre les décisions de recevabilité et de bien-fondé de cette juridiction, parce qu'elles sont incidentes ³³.

³¹ Luro, 20.

³² Luro, 30-32.

³³ ATF 64 I 97; JT 1938 I 635.

Chapitre II

L'ARRÊT DE CASSATION

§ 1. ÉTENDUE DE LA CASSATION.

Les droits italien, français et neuchâtelois illustrent trois conceptions de l'étendue objective de l'arrêt de cassation.

La cassation touche le jugement dans son entier, en droit neuchâtelois; elle est totale ³⁴. Il y a deux types de cassation partielle. Le code de procédure civile italien de 1865 avait une conception « atomiste »; la cassation frappait la question de droit erronée ou le vice seulement et le dispositif dans cette mesure-là exclusivement. Le droit italien moderne et le droit français entendent de façon plus large l'unité de la cassation; elle s'identifie au chef de jugement ³⁵.

Le fragment annulé, dont dépend le pouvoir du juge de renvoi, diffère en étendue dans les trois systèmes.

Un jugement condamne A au profit de B à des dommages-intérêts pour acte illicite et à la restitution d'une chose. La Cour suprême casse la décision pour avoir retenu, à tort, une faute à la charge de A dans l'examen de la prétention en dommages-intérêts.

Si la cassation est partielle à la manière de l'ancien système italien, le tribunal de renvoi est saisi de la seule question précise qui est la cause et l'objet de la cassation. Il statue sur la prétention en dommages-intérêts pour acte illicite exclusivement, et parmi l'ensemble des questions qui concourent à sa solution, il tranche uniquement celle de la faute. Les autres sont résolues par la partie intacte du jugement attaqué.

³⁴ CCC VI 205.

³⁵ Redenti, II, 466; De Maio, N° 215; Japiot, N° 1151; Grépon, III, p. 543, N° 1947.

S 1870 I 288 : « Attendu que, s'agissant de chefs distincts et indépendants par leur cause et par leur objet, la cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui a servi de base; qu'elle laisse subsister comme étant passées en force de chose jugée toutes celles des dispositions de l'arrêt qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi ou qui ont été maintenues par le rejet de moyens inutilement proposés, à moins qu'elles ne se rattachent aux autres chefs par le lien de l'indivisibilité ou d'une dépendance nécessaire. »

S 1896 I 237, 1897 I 343; Journal du Palais 1848 I 488, 1851 I 265; D 1951 380.

Si la cassation est totale, le juge de renvoi connaît du litige dans son intégralité, comme le premier juge.

Dans le système de la cassation partielle actuellement en vigueur en droits français et italien, le chef du jugement relatif aux dommages-intérêts forme un tout. Il est entièrement anéanti par la cassation. Le juge de renvoi n'est pas saisi de la seule question fautive. Il examine toutes les conditions nécessaires au bien-fondé de la prétention en dommages-intérêts.

Le système de la cassation partielle limitée à la question de droit est abandonné. Il cause de grandes difficultés. Il est indéfendable. Il repose sur la confusion des notions, absolument distinctes, de question de droit et de chef de jugement.

Le chef de jugement, ou chef de dispositif, est la solution donnée à un ensemble de questions de droit, formant un tout parce qu'elles gravitent autour d'une même prétention. La question de droit n'est pas en elle-même, une fois résolue, un chef de jugement; elle n'en est qu'un des éléments constitutifs. La faute en matière d'acte illicite est une question de droit; sa résolution ne forme pas un chef de dispositif. Celui-ci est constitué par la solution d'ensemble donnée à la prétention en dommages-intérêts.

La doctrine italienne a étudié la notion de chef de jugement, peu connue en droit français³⁶. Se séparant de Chiovenda, qui analyse le chef de jugement en une question de droit³⁷, MM. Cobianchi et Provinciali, en particulier, s'efforcent de distinguer ces deux notions³⁸.

Comparons le système de la cassation totale et le système de la cassation partielle limitée au chef de jugement, pour voir leur mérite respectif et émettre un jugement sur le droit neuchâtelois.

Le système de la cassation totale se signale par son hétérodoxie :

Il est contraire au principe dispositif. Les justiciables sont libres de déduire ou non leurs droits en justice. Ils doivent donc être libres de fixer la mesure de la prétention qu'ils entendent porter en justice. On objecte que le principe dispositif, énoncé par l'article 74 CPCN, réserve les dispositions légales contraires. Mais encore faut-il que celles-ci se justifient en fait et qu'elles existent. L'article 401 CPCN, qui peut seul entrer en ligne de compte, est une base peu solide.

Il est contraire au principe de la finalité de la sanction. La cassation doit s'adapter à son but, celui même de la règle violée par le jugement. Il n'y a aucune raison que les parties saines de la décision soient annulées avec ses parties viciées.

³⁶ Vizioz, p. 486, N° 277.

³⁷ Provinciali, 166.

³⁸ Provinciali, 167 : « *Ritiene questo scrittore (Cobianchi, Questioni sull'ambito del giudizio di rinvio, in Foro it. 1927 I 216) che quando una sentenza d'appello venga cassata su di un capo, tutte le questioni relative a quel capo, a motivo della loro interdipendenza, debbono porsi in discussione nel giudizio di rinvio.* »

Il est contraire au principe de l'intérêt à agir et à recourir. Nul ne peut agir ou recourir au-delà ou contre son intérêt.

Il est contraire à la règle française, de jurisprudence constante, que la cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui lui sert de base.

Il est peu pratique. Il cause des frais inutiles. Un jugement entier peut être cassé pour une bévue dans la répartition des frais. Le dispositif de frais dépend étroitement des autres chefs du jugement; mais ceux-ci ne dépendent pas de celui-là ! Si la cassation du dispositif au fond entraîne nécessairement le dispositif de frais, l'inverse est parfaitement illogique.

Il est artificiel. La cassation a pour mesure non un élément homogène et, qualitativement, toujours identique à lui-même, mais l'unité matérielle du jugement attaqué, hétérogène et accidentelle. Si une prétention en dommages-intérêts et une prétention en restitution d'une chose sont l'objet de jugements distincts dont un seul peut être cassé sans que l'autre le soit, pourquoi une décision qui tranche simultanément les deux prétentions indépendantes ne pourrait pas être attaquée par un pourvoi tendant à la cassation d'une seule de ses parties ?

Il n'est pas en harmonie avec la relativité de l'étendue subjective de l'arrêt de cassation qui profite et nuit, en règle générale, aux seuls recourants et intimés. L'annulation d'un jugement qui condamne des consorts volontaires, obtenue par quelques-uns d'entre eux seulement, s'analyse en une cassation objectivement partielle.

Que vaut le système de la cassation partielle ?

La mesure de l'annulation n'est pas laissée à la libre appréciation de la Cour suprême en droit français. La cassation partielle est un effet légal de la cassation. Même prononcée en termes généraux, elle n'a de vertu que dans la mesure des moyens qui la fondent. La Cour de cassation française ne se prononce pas toujours sur l'étendue de la cassation, mais sur son principe seulement ³⁹.

Selon M. Redenti ⁴⁰, la Cour de cassation doit spécifier l'étendue objective de la cassation. Le système crée des conflits si la Cour de cassation donne à son arrêt une étendue plus grande ou plus restreinte que la loi. Le danger est d'autant plus grand que, pour juger de la dépendance de plusieurs chefs de jugement, il faut connaître le litige à la manière du juge du fond parfois. Puisque l'étendue de la cassation est strictement légale, c'est au juge de renvoi à la déterminer.

Le système de la cassation partielle comporte des exceptions qui sont, en réalité, la prolongation du principe. La cassation partielle entraîne l'annulation de tous les chefs qui sont dans un rapport de dépendance nécessaire

³⁹ S 1936 I 116; D 1951 J 380; Luro, 50; BACCC 1954 IV 589 N° 812 : « L'annulation d'une décision judiciaire, si généraux que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base et elle laisse subsister toutes les dispositions de la décision non attaquées par le pourvoi. »

⁴⁰ Redenti, II, 466.

avec le chef directement visé⁴¹. La définition de la « dépendance nécessaire » peut causer des difficultés. *Quid*, si une partie demande la cassation de quelques chefs seulement, dont d'autres dépendent ? Ne pouvant statuer *ultra petita*, la Cour de cassation devrait-elle rejeter le pourvoi, ou admettre l'existence de conclusions implicites ?

Inhérentes au système de la cassation partielle, ces difficultés devraient être résolues par la pratique. Elles ne se dressent pas comme des obstacles infranchissables. L'institution du système de la cassation partielle demanderait naturellement un temps d'adaptation.

La cassation totale est par contre en corrélation avec le système du pourvoi unilatéral, déniaut à l'adversaire la faculté de se joindre au recours principal. Elle corrige ce système boiteux. La cassation partielle exige le pourvoi par voie de jonction, lui-même désirable. A cette condition elle est souhaitable.

*

L'autorité subjective de l'arrêt de cassation fait partie du problème plus général de l'étendue subjective de l'acte juridictionnel. Si la décision entre A et B est opposable au tiers X, l'arrêt de cassation de la décision et le jugement rendu sur renvoi le sont aussi.

L'étendue subjective de l'arrêt de cassation pose aussi quelques problèmes propres. Pour les parties devant le juge du fond, qui se sont abstenues de recourir, le principe de la relativité a une force particulière. Il ne tolère pas toutes les exceptions à la relativité de l'autorité de la chose jugée de la décision au fond. Supposons que, dans le domaine de la solidarité passive, l'acte juridictionnel ait autorité à l'égard de tous les débiteurs même étrangers à la procédure. Il ne découle pas nécessairement de la proposition que l'étendue subjective de l'arrêt de cassation soit semblable. La transposition vaut pour les débiteurs étrangers à toute la procédure ; elle ne vaut pas pour les débiteurs qui ont participé à la procédure devant le juge du fond mais se sont abstenus de recourir en cassation. Le sort de ceux-ci est définitivement décidé par le jugement qu'ils n'ont pas attaqué.

Ce n'est que dans les matières indivisibles, ne tolérant pas de solutions juridictionnelles contradictoires⁴², que l'arrêt de cassation déploie un effet absolu. Les règles de recevabilité empêchent la réalisation de telles hypothèses. Le demandeur ou le recourant agissant seul en matières indivisibles est déclaré irrecevable. Mais il arrive qu'il soit déclaré recevable par erreur. Le jugement ou l'arrêt obtenu est alors opposable à tous. En particulier, l'arrêt de cassation s'impose aux parties au fond étrangères à la procédure de pourvoi.

⁴¹ DP 1872 I 92.

⁴² Glasson, Tissier et Morel, III, N° 868 ; il y a indivisibilité « ... quand le litige n'est susceptible que d'une seule et même solution, quand l'exécution simultanée de deux solutions serait impossible ».

L'étendue subjective de la cassation et de la décision sur renvoi se résume en trois règles :

A l'égard des tiers à la procédure au fond, et à la procédure de pourvoi, l'arrêt de cassation déploie une autorité identique à celle du jugement au fond.

L'arrêt d'annulation a un effet strictement relatif pour les tiers à la procédure de pourvoi. L'arrêt de cassation ne profite et ne nuit qu'aux parties au recours ⁴³, en la qualité en laquelle elles ont recouru ou défendu.

Par exception, l'autorité subjective de l'arrêt de cassation est absolue dans les matières indivisibles qui ne tolèrent pas de solutions contradictoires.

Si la cassation touche seulement les parties au pourvoi, en principe, profite-t-elle toujours à elles toutes ? Le droit français semble l'admettre ⁴⁴.

La procédure devant la Cour de cassation réunit parfois des pourvois indépendants, de consorts volontaires par exemple, fondés sur des moyens distincts. La cassation sur la base du moyen soulevé par un seul des consorts profite-t-elle à ceux dont les moyens sont déclarés mal fondés ? Nous ne le pensons pas, si les pourvois sont véritablement autonomes. L'unité de la procédure ne modifie en rien, en effet, l'individualité des pourvois. Il faut faire une exception : la cassation fondée sur un moyen d'ordre public, invoqué ou non par l'un ou l'autre des consorts, profite à tous.

§ 2. EFFETS DE LA CASSATION.

L'arrêt de cassation a un objet spécifique : le jugement. Celui-ci seul est touché directement. Mais il fait partie d'un tout. Sa suppression affecte des actes de procédure qui partagent son sort. Parmi ces actes de procédure au sens large, figurent des jugements, des actes de procédure au sens étroit et des actes d'exécution.

*

La cassation d'un jugement à la suite duquel ont été rendues d'autres décisions entraîne automatiquement l'annulation de celles-ci. La règle est affirmée par une jurisprudence constante ⁴⁵. C'est la cassation par voie de

⁴³ CCC VI 251 ; Luro, 39 ; Garsonnet et Cézard-Bru, VI, 628, 629 ; Faye, 301.

⁴⁴ Crépon, III, p. 542, N° 1945 : « Il est d'ailleurs bien évident que la cassation, dès qu'elle est intervenue, profite à toutes les parties qui l'ont demandée, quel que soit le moyen sur lequel la Cour suprême s'est fondée pour la prononcer. »

Luro, 43 : « La cassation d'une décision profite à tous les demandeurs, quel que soit le moyen invoqué pour faire tomber la sentence attaquée. »

⁴⁵ CCC VI 174 ; BACCC 1956 IV 241 N° 333 ; 1958 IV 599 N° 806 ; 1948 IO2 N° 96, 119 N° 31, 286 N° 242, 628 N° 569.

S 1942 I 49 : « La cassation d'une décision judiciaire entraîne de plein droit l'anéantissement de tout ce qui a pu être fait déjà en exécution de cette décision.

conséquence. Elle vaut non seulement pour le pourvoi mais encore pour toute voie de recours. Elle est qualifiée de cassation par voie de conséquence parce qu'elle trouve l'occasion de s'appliquer avant tout en cassation. Le pourvoi, non suspensif, n'arrête pas le cours de la procédure devant le juge du fond, lorsqu'il est dirigé contre un jugement incidentel. Au moment de la cassation de celui-ci, il est fréquent que d'autres décisions incidentelles ou un jugement au fond aient été rendus entre temps. Ils seront cassés par voie de conséquence.

La nature de la cassation par voie de conséquence est controversée. Ce n'est pas une cassation ordinaire, mais l'effet légal de celle-ci. Elle s'apparente plus à la nullité qu'à l'annulation.

En droit neuchâtelois, elle a sa base dans l'article 401 CPCN. Une décision préjudicielle sur la compétence est cassée, postérieurement au jugement au fond. Les parties sont rétablies en leur état au moment du prononcé de la décision préjudicielle. Le principe exige la suppression de tous les jugements ultérieurs, objet ou non d'un pourvoi par « voie de conséquence ».

La jurisprudence française reconnaît le caractère légal de la cassation par voie de conséquence. Elle déclare que c'est un effet nécessaire de la cassation ordinaire, qui se produit *ipso jure*. En général, la Cour de cassation n'est pas en mesure de décrire les effets de son arrêt. Elle ne connaît pas le déroulement ultérieur de la procédure devant le juge du fond. Il est préférable qu'elle se prononce sur le principe de la cassation seulement et en abandonne la détermination des modalités au juge de renvoi. Des contradictions sont ainsi évitées. Si des contestations s'élèvent à ce propos, le juge de renvoi les tranchera, sous contrôle de la Cour de cassation. A quoi servirait-il de demander à la Cour de cassation l'interprétation de son arrêt, lorsqu'elle n'a pas voulu autre chose que ce qu'elle a exprimé ?

A contrario, la cassation d'un jugement laisse intactes les décisions rendues antérieurement à lui. Une procédure entière est conduite par un juge matériellement incompétent. La compétence n'a pas fait l'objet d'un incident. Le jugement final seul est attaqué pour ce motif. La cassation touchera le jugement final seulement. Le juge de renvoi statuera seulement sur l'objet du jugement final anéanti.

•

(Suite de la note 45.)

Tombent ainsi par voie de conséquence, alors même qu'ils auraient fait l'objet d'un pourvoi irrégulier ou qu'ils n'auraient pas été attaqués et qu'ils eussent dû acquérir normalement l'autorité de la chose jugée, les jugements ou arrêts rendus entre-temps, en exécution de la première décision cassée plus tard. »

S 1902 I 221 note 4; D 1950 J 211; S 1941 I 49; Crépon, III, 533, N° 1933; Luro, 63; Faye, 297.

Les actes de procédure non juridictionnels ne sauraient faire l'objet d'un pourvoi. Ils peuvent seulement être invoqués à son appui. Néanmoins, ils sont indirectement touchés par l'arrêt de cassation.

Les parties n'ont pas la faculté de recourir contre les déclarations d'un témoin, le rapport d'un expert. En revanche, elles sont recevables à demander la cassation, pour vice de forme, violation des principes de procédure, erreur de droit, de la décision ordonnant l'audition d'un témoin, la collaboration d'un expert. Si elles l'obtiennent, elles bannissent ces éléments du procès.

La cassation par voie de conséquence des actes de procédure ne suit pas les mêmes règles que la cassation par voie de conséquence des jugements. Le jugement vaut par son autorité de droit. Il est partie d'un tout. S'il en est détaché, il perd sa valeur. Il ne jouit pas de l'indépendance des autres actes de procédure.

Une décision préjudicielle sur la compétence est cassée. Il ne saurait en être autrement du jugement au fond rendu ensuite. L'autorité de celui-ci repose sur l'autorité de celle-là. Est-ce à dire que la cassation de la même décision préjudicielle entraîne par voie de conséquence l'annulation de tous les actes de procédure qui en sont la suite ? Les expertises, les déclarations de témoins, les aveux, les transactions, les acquiescements qui ont eu lieu devant le juge incompétent n'en sont pas moins révélateurs ou créateurs d'une vérité objective ou d'une nouvelle situation de fait indépendantes de l'irrégularité initiale. Ces éléments de la procédure seraient-ils automatiquement bannis du procès devant le juge de renvoi ?

La preuve que les actes de procédure, suite du jugement attaqué, ne sont pas tous emportés par sa cassation est fournie par les dispositions neu-châteloises sur la réforme. Le CPCN manifeste le souci, louable, de préserver de la nullité des actes de la procédure qui ont une valeur objective et indépendante. Il les énumère à l'article 81 al. 2 et 3. Il faut s'inspirer de telles dispositions en matière de cassation et de renvoi.

Sont anéantis par voie de conséquence, non pas tous les actes qui constituent la simple suite de la décision cassée, mais seulement ceux entachés ou susceptibles d'être affectés des défauts sanctionnés par la Cour de cassation. Le juge de renvoi ne saurait, par exemple, utiliser une expertise ou une preuve lorsque le jugement qui les ordonne a été cassé pour violation d'un principe de procédure ou d'une règle relative à l'expertise (art. 246 ss CPCN). Au contraire, le juge de renvoi est fondé à se servir d'une expertise ordonnée par le premier juge, malgré la cassation d'une décision antérieure pour incompétence ou pour tout autre vice n'affectant pas la valeur matérielle objective du moyen de preuve. La règle vaut pour l'aveu. Une partie ne pourrait pas invoquer la cassation d'un jugement antérieur à sa déclaration pour prétendre que son aveu est sans effet.

Il faut apporter à la règle le tempérament de l'article 81 al. 3 CPCN. Les éléments non touchés par la cassation sont néanmoins inutilisables en

renvoi lorsque des circonstances nouvelles en auraient empêché la constitution devant le nouveau juge. Un fait essentiel n'a pu être prouvé devant le premier juge. Il a fallu recourir au serment. Un jugement antérieur au serment est cassé postérieurement à l'administration de ce moyen de preuve. Devant le juge de renvoi, il devient possible de prouver le fait. Le juge ne peut alors utiliser les déclarations faites sous serment, en raison du caractère subsidiaire de ce moyen de preuve. De même, la partie liée selon l'article 292 CPCN le demeure malgré la cassation d'une décision antérieure (pour incompétence, par exemple) dans toute la mesure où de nouveaux moyens de preuve ne rendent pas inadmissible le serment devant le juge de renvoi.

Le Tribunal cantonal neuchâtelois⁴⁶ considère, à juste titre, que la déclaration de volonté constituant l'exercice d'un droit formateur n'est pas touchée par la réforme de la demande qui le contenait. La règle devrait, le cas échéant, être appliquée à la procédure de renvoi par analogie.

*

Le pourvoi n'étant pas suspensif d'exécution, il arrive que la décision soit anéantie alors qu'elle a déjà été exécutée. La cassation sape la base des actes d'exécution. Ils deviennent *sine causa*, donc illégitimes. Le principe du rétablissement en l'état antérieur de l'article 401 CPCN a toute sa valeur ici. Mais il est insuffisant. L'exécution prématurée a privé un plaideur de la jouissance d'une chose... Qui répond du dommage ? La jurisprudence et la doctrine admettent que celui qui poursuit l'exécution d'une décision judiciaire frappée d'un pourvoi, agit à ses risques et périls, malgré la force exécutoire de la dite décision⁴⁷.

Le gagnant trop empressé rétablit d'une part le perdant dans son état (légitime ou non, peu importe, le juge de renvoi le dira) d'avant l'exécution du jugement cassé. Il le met d'autre part dans l'état qui serait le sien si la décision viciée n'avait pas été prématurément exécutée. Il l'indemnise du fait de la perte de la jouissance de l'objet litigieux, du manque à gagner.

Le droit à la restitution ensuite de cassation est un cas d'application du principe de la restitution de l'enrichissement illégitime. Il s'analyse en une *condictio ob causam finitam*. Le juge trouve dans les articles 62 ss CO les principes de solution des difficultés auxquelles donne lieu la réintégration en l'état antérieur.

La responsabilité du gagnant est atténuée voire supprimée si le perdant a exécuté spontanément la décision contre laquelle il a simultanément interjeté un pourvoi. Mais la seule obtempération aux injonctions du gagnant ne suffit pas à modifier le fardeau de la responsabilité. Il faut que le perdant agisse spontanément; qu'il offre l'exécution. En effet, le refus d'agréer la

⁴⁶ RJN I 183.

⁴⁷ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, 4.

demande d'exécution fondée sur titre exécutoire entraîne la responsabilité du perdant⁴⁸. Le fait contraire, l'obéissance, ne peut donc engager aussi la responsabilité du perdant.

Le principe de la restitution et de la responsabilité pour les actes accomplis en vertu d'un jugement précaire ne dresse pas des difficultés insurmontables. C'est un effet légal de la cassation, reconnu au vainqueur même si la Cour suprême ne le rappelle pas expressément.

L'application du principe est plus délicate.

La restitution par équivalent supplée la restitution en nature insuffisante ou devenue impossible : le jugement cassé condamnait X à couper des arbres aux limites de sa propriété, à proximité d'un chemin d'une ligne électrique... !

Dans certaines hypothèses, la réintégration en l'état antérieur est une véritable énigme. Le principe s'avère impossible à respecter⁴⁹.

L'exemple suivant, schématique pour plus de clarté, mais parfaitement concevable en droit neuchâtelois, illustre les difficultés de la réintégration en l'état antérieur :

A, B, C, D sont créanciers pour un montant de 10 000 fr. chacun. Quatre hypothèques, constituées respectivement le 1er janvier, le 1er février, le 1er mars et le 1er avril, garantissent ces quatre créances. Le 15 avril, un jugement, exécuté le jour même, ordonne la radiation de l'hypothèque de B. Le 15 juillet, ce jugement est cassé; l'hypothèque de B est réinscrite à cette date. Entre temps, les 1er juin et 1er juillet, deux nouvelles hypothèques ont été constituées en faveur de E et F, deux créanciers pour 10 000 fr. chacun. Le montant des créances est de 60 000 fr. La réalisation de l'immeuble produit 50 000 fr. Comment répartir cette somme entre les créanciers hypothécaires ?

Si B avait tout de suite obtenu gain de cause, tous les créanciers seraient désintéressés, excepté F qui vient en dernier rang. Mais une telle répartition est inadmissible en l'espèce. Le droit de F est préférable à celui de B.

Il n'est pas possible non plus de s'en tenir à l'état formel du registre. B, dernier inscrit, viendrait en dernier rang; or, son droit est préférable à ceux de C et D à l'égard desquels il peut conserver son rang prioritaire.

On tente alors un compromis de manière que B prime C et D, mais non E et F. Le cas de A est clair : A est désintéressé avant tous autres créanciers; il est hors de cause. B ne peut être payé ensuite : il y a E et F. Mais

⁴⁸ S 1935 I 65 : « Il s'ensuit qu'aussi bien le locataire qui refuse de s'incliner devant une décision exécutoire... que le propriétaire qui poursuit à ses risques et périls l'exécution d'un jugement d'expulsion frappé de pourvoi sont éventuellement responsables du préjudice résultant soit de la résistance injustifiée du premier, au cas où son pourvoi est rejeté, soit de l'exécution hâtive de la décision attaquée au cas où le pourvoi est admis. »

⁴⁹ Provinciali, 265 : « Non sempre la restituzione dello statu quo ante può essere integrale. Essa può trovare un limite nei diritti validamente acquistati da terzi... »

C et D peuvent l'être. B exercera alors son droit prioritaire sur le montant de 20 000 fr. accordé à C et D. Dès ce moment des obstacles infranchissables se dressent. Que B reçoive 10 000 fr., C et D 5000 fr. chacun, que B et C reçoivent chacun 10 000 fr. et D 0 fr., ou que tous trois participent proportionnellement et à rang égal au partage de la somme de 20 000 fr., de toutes manières C et D ne sont pas entièrement satisfaits. Il ne leur est pas possible de participer, pour le découvert, au partage de la somme attribuée à E et F, puisque la cause de leur perte est le droit prioritaire de B, lequel n'est pas prioritaire à l'égard de E et F !

En un mot, il faudrait que le découvert de 10 000 fr. ne préjudicie aucun des créanciers !

Par chance, le problème suppose l'accomplissement simultané de trop nombreuses conditions pour se présenter en pratique. Le système de l'inscription provisoire (art. 961 CCS) permet d'éviter les cas qui se présenteraient.

La restitution peut susciter de nouvelles contestations entre les litigants originaires. Qui en connaîtra ? Ce ne peut être la Cour de cassation. Elle ne juge pas le fond des litiges. Sera-ce le juge de renvoi ou le juge naturel des parties ? La jurisprudence et la doctrine hésitent. MM. Crépon et Luro opinent en faveur du juge naturel. Chiovenda et Provinciali en faveur du juge de renvoi⁵⁰. Cette solution-ci est la plus pratique incontestablement. Elle concentre les ramifications d'un litige dans un même procès et une même décision. Le caractère accessoire du litige né de la restitution légitime cette dérogation aux règles de compétence matérielle et territoriale.

§ 3. LA NATURE JURIDIQUE DE L'ARRÊT DE CASSATION.

L'arrêt de cassation jouit de l'autorité de la chose jugée⁵¹. La Cour de cassation est une juridiction. Ses jugements ont les qualités des décisions des autres juridictions. L'autorité de la chose jugée de l'arrêt de cassation est pourtant restreinte. L'arrêt a un objet inhabituel : le droit à obtenir l'annulation du jugement. Il affirme d'une manière incontestable que le jugement attaqué est vicié, en la forme ou au fond, les faits étant admis tels que les a constatés et dégagés le juge inférieur.

L'arrêt de cassation ne juge pas à nouveau le litige. Même si, en fait, il propose souvent la nouvelle solution, ce n'est pas un nouveau jugement au fond sur la base duquel le recourant pourrait fonder une exécution forcée.

⁵⁰ Crépon, III, p. 605, N° 2143 ; Luro, 104, 105 ; Chiovenda, 903, 904, 913 ; Provinciali, N° 113, p. 263.

⁵¹ Japiot, N° 140.

Il autorise à poursuivre la restitution forcée, non parce qu'il contient une nouvelle solution mais parce qu'il supprime la précédente.

*

L'arrêt de cassation a un double caractère. Il s'analyse en une annulation (nullité relative) et simultanément en une annulation avec effet rétroactif⁵².

Le juge du fond a reconnu A propriétaire de l'objet o. La décision est cassée. A ne sera pas considéré comme ayant été propriétaire de l'objet o du jugement au fond à l'arrêt de cassation.

Le caractère paradoxal de l'arrêt de cassation, annulation et déclaration de nullité tout à la fois, acte constitutif et déclaratif, s'explique par la nature de l'acte juridictionnel. Celui-ci est déclaratif en ce qu'il reconnaît des situations préexistantes. Il est constitutif parce qu'il fortifie, en quelque sorte, le droit litigieux qui devient incontestable. La nature mixte de l'acte juridictionnel est particulièrement remarquable dans l'arrêt de cassation : il constate et satisfait en même temps le droit à obtenir la cassation. Il est seul à pouvoir le satisfaire. Il y a un continuel frottement entre le droit déduit en justice et le moyen (qui est aussi un droit) de le déduire en justice. L'arrêt de cassation constate et exauce un droit.

*

Quantitativement, la cassation est relative et variable; même dans le système de la cassation totale, son étendue n'est pas fixe (cf. *supra* §§ 1 et 2 de ce chapitre). Elle touche certains points du jugement à l'exclusion d'autres. Tantôt elle entraîne toute une série de jugements et d'actes de procédure, tantôt ses conséquences sont plus restreintes. L'étendue et les effets de la cassation varient parce qu'elle sanctionne des situations infiniment diverses.

*

Qualitativement pourtant, la cassation est toujours identique à elle-même. Elle supprime les effets juridiques de certains actes accomplis en cours de procédure⁵³.

Peut-on poser des règles générales quant à l'aspect qualitatif de la cassation ? Y a-t-il des effets du jugement qui échappent par principe à la cassation ?

Chiovenda a analysé l'aspect qualitatif de la cassation. Il ne serait pas toujours identique à lui-même.

⁵² Calamandrei, II, 270.

⁵³ Calamandrei, II, 326.

Chiovenda distingue la cassation et l'annulation, sanctions respectives de l'erreur *in judicando* et de l'erreur *in procedendo*. Il constate que la liberté d'examen de la Cour suprême varie en fonction du vice du jugement. Elle est plus vaste en matière d'erreur *in procedendo* qu'en matière d'erreur *in judicando*. Il conclut à la nature et à l'autorité variable de l'arrêt de cassation (*lato sensu*).

L'arrêt d'annulation serait un véritable jugement. Il statue en fait et en droit. Pour cette raison, il lierait le juge de renvoi; (le code de procédure italien de 1865, sous l'empire duquel écrit Chiovenda, n'imposait pas au juge de renvoi l'obligation de se conformer aux considérants de l'arrêt de cassation).

L'arrêt de cassation, prononcé *in jure*, ne constituerait pas un jugement au même titre que l'arrêt d'annulation. Pour ce motif, il ne lierait pas le juge de renvoi.

Techniquement, la cassation se distinguerait de l'annulation par son caractère moins radical. Elle supprimerait le jugement en tant que prononcé en tant qu'acte d'application de la loi, seulement. L'annulation aurait pour effet supplémentaire de supprimer le jugement en tant qu'acte juridique ⁵⁴.

Une conséquence pratique de la différenciation se manifesterait en cas de cassation (*lato sensu*) d'un arrêt d'appel, plus généralement d'un jugement de deuxième instance. En tant qu'acte juridique, l'arrêt de seconde instance se substituerait au jugement de première instance. En tant que jugement, il constituerait un nouveau prononcé au fond. La cassation de l'arrêt de seconde instance n'affecterait pas sa qualité d'acte juridique de sorte qu'elle ne ferait pas revivre le jugement de première instance. Son annulation au contraire, portant à la fois sur sa qualité d'acte juridique et sa qualité de prononcé, anéantirait la cause de la suppression du jugement de première instance qu'elle ferait revivre ⁵⁵.

Chiovenda a poussé trop loin la distinction des erreurs *in procedendo* et des erreurs *in judicando*. Le droit positif ne l'a pas suivi sur ce point. A juste titre.

L'illustre auteur assimile, en quelque sorte, l'annulation pour erreur *in procedendo* à une déclaration d'inexistence, bien que l'erreur *in procedendo* n'affecte pas, en principe, l'existence juridique de l'acte juridictionnel.

Pourquoi l'arrêt d'annulation aurait-il des effets plus puissants que l'arrêt de cassation? Il nous semble, au contraire, que l'effet constant de l'arrêt de cassation, *lato sensu*, s'analyse en la cassation, *stricto sensu*, telle qu'elle est décrite par Chiovenda, à moins que la Cour suprême ait à constater l'inexistence d'un acte juridictionnel.

⁵⁴ Chiovenda, 813 : « ... in questo caso (annulation) la sentenza d'appello non è solo tolta di mezzo come atto d'applicazione della legge, ma in genere come atto giuridico perchè nullo; onde perdì ogni importanza e si considera come non esistita... »

⁵⁵ Provinciali, 84 : « La cassazione non fa revivere la sentenza di primo grado, eccettuato il caso di annullamento per error in procedendo... ».

M. Provinciali reprend la manière de voir de Chiovenda bien qu'il réfute la théorie de la distinction des erreurs *in procedendo* et *in judicando*, et qu'il considère que la cassation a le même fondement dans les deux cas : le mal-jugé, présumé en matière d'erreurs *in procedendo* ⁵⁶. Il fonde sa thèse sur la distinction du jugement-acte juridique et du jugement-prononcé au fond ⁵⁷.

*

Nous ne pouvons adopter ces théories. Elles reposent pourtant sur une observation exacte. La cassation, toujours identique à elle-même, n'affecte pas le jugement dans la totalité de ses effets, même lorsqu'elle est totale. Certains d'entre eux lui échappent, non pas accidentellement, mais par principe.

La cassation ne peut pas supprimer la matérialité des actes et les conséquences juridiques attachées à celle-ci.

La cassation n'empêche pas la poursuite pénale de délits commis par le juge ou les parties à l'occasion d'un des actes anéantis. La règle vaut même si la participation à un acte d'autorité, à un jugement est un élément constitutif de l'infraction.

Les actes cassés ont beau n'avoir plus d'existence juridique, ils ont occasionné des frais qui subsistent et grèvent les plaideurs.

Le principe que la cassation rétablit les parties dans la situation antérieure au prononcé du jugement ne vaut véritablement qu'en matière de restitution et de responsabilité pour exécution prématurée. Il ne signifie pas que tous les effets juridiques de la décision cassée disparaissent intégralement.

S'il en était ainsi, la seule cassation devrait ressaisir automatiquement le juge *a quo*. Or, tel n'est pas le cas. Le juge de renvoi peut, ou même, doit être (selon les systèmes) un autre tribunal que celui qui a rendu la décision anéantie. La cassation ne touche donc pas l'effet procédural de dessaisissement.

Nous avons vu, d'autre part, que les actes de procédure, postérieurs à une décision cassée, peuvent conserver leur valeur juridique dans le procès devant le juge de renvoi. Ils ont donc été accomplis au cours d'un rapport juridique d'instance, et non hors d'une instance.

Pour expliquer ces deux phénomènes, il faut admettre que le jugement attaqué a clos un rapport d'instance qui n'est pas rouvert ni altéré par la cassation.

L'instance de renvoi n'est pas la continuation ni la reprise de l'instance devant le premier juge. C'est un nouveau rapport juridique uni au premier par la procédure de cassation qui sert de trait d'union.

⁵⁶ Provinciali, 52 ss.

⁵⁷ Provinciali, 21.

Le problème ne peut encore être complètement résolu à cause des controverses sur les effets du jugement et le nombre trop restreint de décisions de jurisprudence permettant une construction inductive. Un point est pourtant certain. La cassation touche certains effets du jugement. Elle en laisse subsister d'autres. Parmi les premiers figure l'effet d'incontestabilité, parmi les seconds, l'effet extinctif de l'instance.

La doctrine a interprété de plusieurs manières le rapport de la première instance et de l'instance de renvoi.

Des auteurs ont donné pour objet à l'instance de renvoi le réexamen du jugement cassé. La théorie ne résiste pas à la critique. La procédure n'a pas cette fonction. Le juge de renvoi ne réexamine pas le jugement qui n'existe plus, mais le litige ⁵⁸.

Une deuxième théorie s'inspire du principe du rétablissement en l'état antérieur. Elle considère l'instance de renvoi comme la suite ou la reprise de la première instance. C'est la théorie dominante en droit français. Elle est adoptée en droit neuchâtelois. On la trouve aussi chez les Italiens ⁵⁹. C'est la théorie classique.

Chiovenda, enfin, a énoncé la théorie de l'autonomie de l'instance de renvoi. Elle repose sur sa conception générale des phases d'un même procès ⁶⁰. Elle a été développée par M. Provinciali ⁶¹. C'est la plus conforme à la réalité. Elle donne la vue la plus juste du déroulement du procès. Ses résultats pratiques sont plus équitables et plus sains que ceux de la théorie de la continuation ou de la reprise de la première instance. Le procès ne peut pas rétrograder dans le temps. Telle opération n'est possible et légitime, car elle est alors purement abstraite, que pour mesurer le rétablissement dû par le gagnant devant le premier juge au perdant, pour avoir poursuivi prématurément l'exécution du jugement.

Quelle est l'étendue de la *dessaisine* produite par l'arrêt de cassation lorsque le jugement annulé est une décision incidente ? En effet, les jugements rendus en cours de procédure n'ont pas tous un effet extinctif d'instance comparable à celui qui produit le jugement final. Le premier juge est-il dessaisi uniquement de la question incidente ou au contraire de l'ensemble du procès ? A première vue, la Cour de cassation ne peut pas enlever à la connaissance du premier juge une question qui n'a pas été portée

⁵⁸ Provinciali, N° 20, p. 69, fait la critique de cette théorie.

⁵⁹ Garsonnet et Cézair-Bru, VI, p. 758, N° 443; Faye, p. 286, N°s 260 et 261; Foyer et Cornu, 485; Mortara, IV, p. 650, N° 414.

⁶⁰ Chiovenda, 808.

⁶¹ Chiovenda, 910 : « Il giudizio di rinvio è una fase per sè stante del rapporto processuale avente per oggetto la sostituzione d'una nuova statuizione a quella cassata del giudice d'appello da parte un giudice diverso ma d'eguale grado. »

Provinciali, N° 26, p. 80 : « Il giudizio di rinvio è una fase del rapporto processuale avente per oggetto il riesame della lite — nei limiti fissati dalla sentenza di cassazione e dalle istanze e questioni proponibili ex nuovo mediante nuova statuizione di un giudice designato dalla sentenza di cassazione. »

devant elle. Pourtant, cette solution crée des complications. L'instance de renvoi, devant un autre juge, porterait sur la question incidente seulement et reprendrait son cours normal devant le tribunal originaire pour l'ensemble du procès !

Le procès forme une unité. Le juge de renvoi doit être saisi de cette unité, même si celle-ci n'est pas portée intégralement devant la Cour de cassation. Il appartient à la Cour de dessaisir le premier juge au profit du juge de renvoi. Ainsi, le juge de renvoi se trouve saisi de la suite du procès dans son ensemble, et il ne sera pas nécessaire de revenir devant le premier juge ⁶². La solution est d'autant préférable, en droit neuchâtelois, que la Cour de cassation a faculté de renvoyer la cause au même juge.

⁶² Chenon, 203 : « Alors même que l'arrêt cassé n'aurait porté que sur une fin de non-recevoir, ou sur une question préjudicielle, la Cour de renvoi est saisie de la cause entière, c'est-à-dire à la fois de la connaissance de la fin de non-recevoir ou de la question préjudicielle et de la connaissance au fond. »

Chapitre III

LES SUITES DE L'ARRÊT DE CASSATION

§ 1. LA CASSATION AVEC RENVOI.

Le principe du renvoi après cassation présente des avantages et des inconvénients.

La procédure est lourde. Elle enfle les frais. Elle est cause de lenteurs dans l'administration de la justice. Un seul procès fournit l'occasion de nombreux pourvois; d'où la nécessité de reprendre des parties entières de la procédure devant le juge de renvoi.

Cette lenteur est compensée par le fait que la Cour de cassation, prononçant seulement le renvoi, peut juger plus rapidement les pourvois. La considération est d'importance. Le ressort de la Cour suprême est vaste. Elle est surchargée. Sa tâche doit être limitée le plus possible. Le renvoi après cassation épargne son temps précieux.

Avec le renvoi, les vues de la Cour de cassation ne triomphent pas toujours, même pas dans les systèmes qui lient le juge de renvoi aux considérants juridiques de l'arrêt de cassation. La Cour de cassation sanctionne la désobéissance seulement si la nouvelle décision est à son tour frappée de pourvoi. Mais le renvoi maintient la séparation du fait et du droit. Il permet à la Cour de cassation de rester dans le domaine des principes, le sien par excellence.

Le renvoi enfin est dans la logique de la structure passée et actuelle du pourvoi. Nous avons vu que le fonctionnement de la procédure de cassation suppose la convergence d'un intérêt privé et d'un intérêt général. La seule cassation satisfait pleinement l'intérêt général. La procédure de renvoi est mue par un intérêt privé. Elle ne rentre donc pas dans les attributions de la Cour de cassation.

Le droit allemand n'observe pas le renvoi strictement et par principe. Cela tient à la nature d'appel *in jure* de la *Revision*.

*

Le renvoi est le dispositif de l'arrêt par lequel la Cour de cassation saisit le nouveau juge.

En droits français et italien, le renvoi à un nouveau juge, à un autre tribunal, est obligatoire. En droit neuchâtelois, la Cour de cassation peut saisir le juge dont elle vient d'annuler la décision; mais elle est toujours libre de renvoyer à une autre juridiction, même dans les matières où les règles de compétence territoriale sont d'ordre public.

Le renvoi n'a pas toujours la même nature. On distingue à juste titre le renvoi proprement dit du renvoi improprement dit ⁶³.

Si le pourvoi contre un jugement préjudiciel, affirmatif de compétence, est déclaré fondé, la Cour de cassation renvoie au juge compétent ⁶⁴. Le renvoi proprement dit au juge *a quo* pour qu'il se déclare incompétent, plus orthodoxe en théorie, serait une opération inutile. Le renvoi improprement dit s'analyse en une cassation sans renvoi, suivie de l'attribution de la cause à un autre juge. Le renvoi improprement dit se distingue du renvoi proprement dit en ce qu'il ne porte pas sur la question qui a fait l'objet du pourvoi mais sur la contestation, le litige, dont la question est issue.

Le renvoi improprement dit n'est pas possible lorsque le tribunal compétent échappe au contrôle de la Cour de cassation. Le renvoi proprement dit est alors la seule solution, à moins que la Cour ne casse sans renvoi, ce qui est préférable.

Le droit neuchâtelois ne consacre pas cette distinction qu'on trouve dans la législation italienne ⁶⁵.

*

La détermination du juge de renvoi n'est pas laissée à la liberté d'appréciation de la Cour de cassation. Cette dernière doit saisir un tribunal de même ordre et de même degré que celui dont elle a cassé la décision. Elle ne saurait renvoyer en deuxième instance la cause tranchée en dernier ressort par un juge de première instance, ni renvoyer à un tribunal de prud'hommes l'affaire jugée par un tribunal de district.

Le renvoi improprement dit autorise-t-il cette manière de faire? Un tribunal de prud'hommes a statué sur une contestation relevant d'un tribunal de district. Après cassation, la Cour peut-elle renvoyer au tribunal de district directement? Nous le pensons. La règle du renvoi à un juge de même ordre et de même degré résulte du principe qui oblige la Cour de cassation à respecter les règles de compétence *ad materiam*. Elle n'a pas la faculté de soustraire des contestations à la compétence des tribunaux de district au profit des tribunaux de prud'hommes. Mais, dans la mesure où

⁶³ Redenti, II, 466.

⁶⁴ Luro remarque, dans le paragraphe qu'il consacre à la détermination du juge de renvoi, que la légitimité du renvoi improprement dit n'a jamais été contestée.

⁶⁵ CPCIt. art. 382 al. 1, 2.

ceux-ci ont empiété sur la compétence de ceux-là, la Cour de cassation peut renvoyer directement la cause au juge compétent.

La doctrine ne s'entend pas sur le fondement de la compétence du juge de renvoi.

Selon les uns, la compétence du juge de renvoi se baserait sur une délégation de pouvoir de la part de la Cour de cassation⁶⁶. Leur manière de voir est erronée. La Cour de cassation ne peut déléguer des pouvoirs qu'elle n'a pas.

La compétence du juge de renvoi serait fondée sur une prorogation judiciaire, selon Morel⁶⁷.

D'autres auteurs pensent que la compétence du juge de renvoi repose ni exclusivement sur la loi, ni exclusivement sur la volonté de la Cour de cassation⁶⁸. C'est une compétence légale virtuelle, actualisée par l'arrêt de la Cour de cassation. C'est la théorie la plus conforme à la réalité. La Cour de cassation n'est pas libre de renvoyer la cause à n'importe quel juge. Saisi par un renvoi illégal, le juge peut légitimement se déclarer incompétent⁶⁹, car il reste juge du caractère légal de sa compétence. Pour cette raison, le juge de renvoi tient compte des modifications législatives de compétence survenues entre le moment où la Cour de cassation a prononcé le renvoi et le moment où il juge. La jurisprudence française consacre cette règle⁷⁰.

La compétence du juge de renvoi est-elle d'ordre public ou d'intérêt privé ? L'incompétence du premier juge est-elle absolue ou relative ? Il semble que sans être absolue, l'incompétence du premier juge et la compétence du juge de renvoi ont une force particulière.

La Cour de cassation française déclare dans un arrêt de 1932⁷¹ : « L'incompétence du tribunal dont la décision a été cassée, pour, après l'arrêt de renvoi, connaître ultérieurement de l'affaire, n'est pas d'ordre public, et le moyen tiré de ce qu'il a connu de l'exécution de la décision de la juridiction de renvoi ne peut être soulevé pour la première fois en cassation. »

Elle précise la nature de la compétence du juge de renvoi dans un

⁶⁶ Faye, p. 308, N° 275; BACCC 1955 III 260 N° 306 : « Par l'effet de l'arrêt de renvoi, le nouveau juge, qui tient de la Cour de cassation une délégation spéciale, connaît du litige dans l'état où il était devant la juridiction dont la décision a été cassée. »

⁶⁷ Morel, p. 241, note 1.

⁶⁸ Provinciali, 61, 198.

⁶⁹ Chiovenda, 913; Provinciali, p. 193, N° 69.

⁷⁰ DH 1925 220 : « La Cour de renvoi, saisie à la suite d'un arrêt du 8 mars 1922 prononçant la cassation d'un arrêt du 23 janvier 1918, de l'appel d'un jugement du 6 avril 1917 et ayant statué le 10 avril 1923, dans une matière que la loi du 9 mars 1919 sur les loyers attribuait à la compétence des commissions arbitrales et dont la connaissance appartient depuis la loi du 31 mars 1922 aux juridictions qui les ont remplacées, était incompétente pour statuer sur le fond du litige. »

Plus simplement : La juridiction de renvoi, saisie en vertu de la législation en vigueur le 8 mars 1922, est incompétente pour juger l'affaire le 10 avril 1923, étant donné la modification législative du 31 mars 1922.

⁷¹ D 1932 411.

arrêt de 1954 : « L'effet nécessaire de l'arrêt de cassation et de renvoi est de dessaisir de plein droit de toute connaissance ultérieure de l'affaire, le juge dont la décision a été cassée, pour en investir exclusivement le juge de renvoi. Spécialement, si un arrêt a prononcé la cassation d'une ordonnance d'expropriation et renvoyé la cause et les parties devant le président d'un autre tribunal civil, cette cassation avec renvoi à un autre juge s'oppose à ce que l'administration expropriante, abandonnant ses premières poursuites et procédant au mépris des attributions conférées par la Cour de cassation à la juridiction de renvoi désormais seule compétente, provoque l'expropriation par une nouvelle procédure engagée devant le président du tribunal dont l'ordonnance a été cassée »⁷².

Garsonnet et Cézard-Bru soulignent aussi le caractère hybride de la compétence du juge de renvoi⁷³ : « Ce renvoi dessaisit la juridiction qui a connu de l'affaire à moins que les parties ne l'en saisissent de nouveau d'un commun accord et qu'elle ne consente à la juger, car devenue incompétente *ratione personae*, elle n'est pas obligée d'en connaître. » Le premier juge serait incompétent *ratione personae*, mais aurait le droit de se déclarer d'office incompétent.

La compétence du juge de renvoi, l'incompétence du premier juge sont d'une nature particulière. Ce sont des règles de compétence légale. Il ne s'agit pas d'une sorte de renvoi administratif interne. Leurs effets ne concernent pas seulement l'instance de renvoi. La compétence du juge de renvoi, l'incompétence du premier juge s'attachent à l'objet et aux sujets de la contestation. Tant qu'ils existeront et seront susceptibles d'être portés ou cités en justice, cette compétence et cette incompétence subsisteront. Elles se distinguent des règles habituelles de compétence en ce qu'elles sont tout à fait spéciales. Elles concernent une contestation et des sujets individualisés. Elles échappent ainsi à la classification traditionnelle des règles de compétence.

La compétence du juge de renvoi et l'incompétence du premier juge ne sont pas absolues. Elles reposent sur un arrêt dont l'autorité de chose jugée n'est pas d'ordre public (l'exception *rei judicatae* n'est pas retenue d'office par le juge). Il faut donc reconnaître à l'incompétence du premier juge et à la compétence du juge de renvoi un statut procédural voisin de celui de la fin de non recevoir tirée de la chose jugée, et parent de celui dont jouit l'incompétence *ad valorem* en droit italien⁷⁴. L'incompétence du premier juge, la compétence du juge de renvoi peuvent être soulevées jusqu'au jugement au fond, même d'office. Mais, d'entente, les parties peuvent saisir à nouveau le premier juge qui est alors dans l'obligation de statuer. Il n'est pas possible de les invoquer pour la première fois en cassation.

•

⁷² BACCG 1954 III 217 N° 285.

⁷³ Garsonnet et Cézard-Bru, VI, N° 447, p. 766.

⁷⁴ CPGIt. art. 38 al. 2.

Quelle est l'autorité de l'arrêt de cassation sur le juge de renvoi ?

Le droit français a eu beaucoup de peine à résoudre la question, à cause de circonstances historiques et doctrinales (crainte des parlements de l'ancien régime, théorie de l'exégèse). Le législateur voulait que la Cour de cassation reste absolument étrangère à la solution au fond du litige qui a donné lieu au pourvoi. Nous ne retracerons pas l'histoire des systèmes qui se sont succédé. Elle n'offre pas d'intérêt direct ici. Elle a souvent été faite ⁷⁵. Rappelons seulement les quatre systèmes essentiels successivement en vigueur en droit français :

Le système du référé législatif. Le législateur tranche le conflit qui oppose la Cour de cassation à une juridiction inférieure.

Le système du référé gouvernemental. La divergence n'est plus tranchée par le législateur, mais par le gouvernement.

Le système de la prépondérance accordée au troisième juge de renvoi. La Cour de cassation s'incline devant sa manière de voir.

Enfin, le système adopté en 1837 et encore en vigueur actuellement; il accorde le dernier mot à la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre le jugement de renvoi non conforme à son premier arrêt de cassation.

En droits allemand et italien ⁷⁶, le juge de renvoi est lié aux considérants juridiques du premier arrêt de cassation déjà.

Contrairement à de nombreuses législations cantonales qui lient expressément le juge de renvoi au point de vue de la Cour de cassation, le droit neuchâtelois est muet sur la question. Il serait erroné de s'inspirer du droit français pour la résoudre. Une triple argumentation, juridique, historique et pragmatique, conduit à considérer que l'arrêt de cassation neuchâtelois lie le juge de renvoi.

L'arrêt de cassation est doué de l'autorité de la chose jugée. Il atteste d'une manière incontestable que le litige a été faussement tranché. Comme toute juridiction est tenue à respecter les décisions principales de ses semblables (le tribunal A est lié par le jugement déclaratif de nationalité du tribunal B si la question a été tranchée à titre principal et non à titre préjudiciel), le juge de renvoi doit se conformer à l'interprétation juridique de la Cour de cassation.

Pourquoi, objectera-t-on, le droit français ne s'est-il pas rendu à cet argument patent ? Précisément parce que le droit français ne consacre pas le principe, qui découle de la « nature des choses », mais une règle exceptionnelle qui exige une base légale spéciale. Cette règle exceptionnelle a été adoptée parce que le législateur français entendait déroger à l'effet normal, naturel, de l'arrêt de cassation. Les circonstances historiques qui fondent

⁷⁵ Garsonnet et Cézair-Bru, I, p. 160, N° 93; Chenon, p. 205, N° 61, 62, 63; Faye, 312; Cuhe et Vincent, N° 127.

⁷⁶ CPCIt. art. 384; De Maio, N° 218; CPCA1. art. 565 al. 2.

sa conception restrictive des effets de l'arrêt de cassation ne se sont pas répétées en droit neuchâtelois. Le législateur neuchâtelois n'a jamais craint l'autorité des cours de justice de l'ancien régime.

Le problème de l'autorité de l'arrêt de cassation sur le juge de renvoi doit donc être résolu « naturellement » en droit neuchâtelois, vu l'absence de disposition expressément contraire. Cette solution a en outre l'avantage d'être la plus pratique ⁷⁷. Elle est admise par la jurisprudence ⁷⁸.

Il ne faut pas accorder à l'autorité de l'arrêt de cassation une portée plus grande qu'elle n'a. Le juge de renvoi, lié aux considérants de l'arrêt de cassation, pourra adopter le dispositif du premier juge sans manquer de respect à la Cour suprême, si des faits nouveaux ou des moyens nouveaux le justifient.

Le principe ne prévient pas tous conflits. Il rend seulement ceux-ci illégitimes. Le jugement sur renvoi qui ne se conforme pas à l'arrêt de cassation sera cassé à son tour. Mais le fait de ne pas adopter le point de vue de la Cour de cassation n'est pas en lui-même une nouvelle ouverture à cassation. Le jugement sur renvoi sera cassé pour le même motif que le premier, et non pour violation des considérants juridiques de l'arrêt de cassation.

La Cour de cassation peut-elle revenir dans le second arrêt sur la solution juridique qu'elle a adoptée dans le premier ? Peut-elle considérer comme justifié un jugement qu'elle avait d'abord estimé erroné ? Il ne le semble pas d'après l'arrêt, précité, de la Cour de cassation neuchâteloise ; le pourvoi contre un jugement sur renvoi conforme aux considérants de l'arrêt de cassation ne pourrait « qu'être rejeté » ⁷⁹. M. Guldener est d'avis contraire ⁸⁰. Sa manière de voir est préférable. L'insoumission n'est pas en elle-même une ouverture à cassation. Saisie d'un second pourvoi, la Cour de cassation conserve le droit de réexaminer intégralement la question posée.

*

Le CPCN est muet sur la procédure de renvoi. La jurisprudence ne fournit elle-même que des renseignements lacunaires.

L'instance de renvoi peut se dérouler sans l'intervention des parties en droit neuchâtelois. Ainsi toute une procédure de cassation et de renvoi peut suivre son cours normalement, déclenchée par la seule introduction du pourvoi.

Rien de semblable en droit italien. La saisine du juge de renvoi après cassation exige un acte des parties. Cela est plus conforme aux principes généraux de la procédure. Les parties, qui conservent la disposition du litige

⁷⁷ Chiovenda, p. 915, note 1.

⁷⁸ CCC VI 223 ; RJN II 100.

⁷⁹ RJN II 101.

⁸⁰ Guldener, Zpr., 502.

devant le juge de renvoi comme devant le premier juge, peuvent ainsi influencer la procédure de renvoi⁸¹. L'arrêt italien de cassation prépare la saisine du juge de renvoi. Il la fonde. Mais celle-ci est accomplie par l'une des parties qui cite l'autre devant le juge de renvoi.

Les parties reprennent devant le juge de renvoi les positions qu'elles occupaient devant le premier juge. Le recourant en cassation n'est pas forcément le demandeur en renvoi. Ce rôle revient au demandeur devant le premier juge.

Selon l'étendue de la cassation, le juge de renvoi rend seulement un nouveau jugement ou au contraire, reprend toute la procédure⁸². Le procès fait figure de ruine. Les pouvoirs du juge de renvoi dépendent de l'arrêt de cassation et de la volonté des plaideurs⁸³.

Dans la mesure de la cassation, les pouvoirs du juge de renvoi sont analogues à ceux du premier juge⁸⁴. Les principes de procédure valables devant celui-ci le sont aussi devant celui-là.

La compétence de la juridiction de renvoi garde cependant un caractère exceptionnel. Elle a pour objet un litige dont les règles ordinaires de compétence ne lui attribuent pas la connaissance.

Le juge de renvoi ne peut pas connaître de questions qui auraient échappé à la compétence du premier juge. Si le tribunal de renvoi est une Cour d'appel (cassation d'un arrêt de deuxième instance), les demandes nouvelles seront recevables en renvoi aux conditions et dans la mesure où elles le sont en seconde instance⁸⁵.

En droit neuchâtelois, les demandes nouvelles seront admises en renvoi aux conditions de l'article 160 CPCN. L'objection que les règles de compétence territoriale seraient violées, la juridiction de renvoi, ayant un caractère exceptionnel, est sans valeur. Les plaideurs peuvent proroger la compétence du juge territorialement incompétent. Les demandes nouvelles exigeant, pour être recevables, le consentement de l'adversaire, celui-ci porte aussi sur la prorogation de compétence. Avec le consentement des parties, le litige devant le juge de renvoi peut valablement être étendu ou restreint. De nouvelles parties seront intégrées dans la procédure en raison d'une jonction de cause, d'une dénonciation ou d'une intervention.

Il faut excepter le cas des litiges régis par des règles de compétence territoriale d'ordre public, auxquelles les plaideurs ne peuvent déroger, et

⁸¹ GPCI, art. 392-394.

⁸² CCC VI 198.

⁸³ Provinciali, 89 « *La sentenza di cassazione costituisce il limite obiettivo dell'ambito del giudizio di rinvio.* »

⁸⁴ Morel, N° 678; Glasson, Tissier et Morel, III, 529, N° 980; Lent, 203; Provinciali, 85, 247; Bardot, 181.

⁸⁵ Provinciali, 242, 243.

le cas des parties devant le premier juge qui se sont abstenues de recourir. Ni ceux-là ni celles-ci ne peuvent être intégrés à la procédure de renvoi.

Les moyens nouveaux, les faits nouveaux, postérieurs ou antérieurs à la cassation ou à la décision annulée, peuvent être proposés pour la première fois devant le juge de renvoi, s'ils ne se heurtent pas à un moyen que l'adversaire tirerait de leur tardivité ou de leur déchéance ⁸⁶.



Des questions délicates se présentent.

A cite B devant un tribunal territorialement incompétent. B ne soulève pas ce moyen. Il excipe du défaut de qualité de A ou d'un autre moyen préjudiciel que l'incompétence. Débouté, il recourt en cassation. La procédure au fond suit son cours. Le jugement préjudiciel est cassé. B pourra-t-il invoquer devant le juge de renvoi le moyen d'incompétence relative qui doit être proposé « d'entrée de cause » ?

La théorie, dominante, du rétablissement en l'état antérieur l'admet. B est replacé à un moment de la procédure où il était recevable à soulever le moyen. Il peut donc l'invoquer en renvoi.

La théorie, que nous avons adoptée, de l'autonomie des instances, qui limite le principe de la réintégration en l'état antérieur à la résolution des problèmes causés par l'exécution prématurée du jugement anéanti, considère que la cassation ne relève pas B de la forclusion. C'est là une saine conséquence de la théorie. Pourquoi B serait-il relevé de déchéance relativement à un moyen sans rapport avec celui pour lequel il a obtenu la cassation ? ⁸⁷

De même, le plaideur qui n'a pas soulevé un moyen de nullité conformément à l'article 76 CPCN ne se trouve pas réintégré, après l'arrêt de cassation fondé sur un tout autre motif, dans le droit de soulever le moyen devant le juge de renvoi.

Pour le même motif, la réforme, admissible devant le juge de renvoi, n'a de vertu que sur les actes de procédure accomplis durant l'instance de renvoi. Elle n'affecte pas les actes de procédure accomplis devant le premier juge. Le Tribunal cantonal neuchâtelois a jugé que la réforme était inadmissible en appel ⁸⁸.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral aurait dû motiver un arrêt récent ⁸⁹. Le gagnant devant le Tribunal cantonal neuchâtelois, juge d'appel, ne peut pas anéantir par le retrait de son appel principal le renvoi consécutif

⁸⁶ Solus, *Cours*, 806; Luro, 185.

⁸⁷ D'ailleurs, le cas précis ne tolérerait pas d'autre solution en droit neuchâtelois. Les partisans de la théorie du rétablissement en l'état antérieur doivent aussi l'admettre puisque les moyens préjudiciels sont proposés non seulement « d'entrée de cause », mais encore « cumulativement ».

⁸⁸ RJN II 107.

⁸⁹ ATF 83 II 544.

au recours devant le Tribunal fédéral interjeté par le perdant, débouté de son appel joint devant le Tribunal cantonal. L'appelant principal jouit de cette faculté durant l'instance d'appel. Il en est déchu dès que l'arrêt d'appel est rendu, dès que le rapport juridique d'instance est clos. Le Tribunal fédéral motive sa décision par l'obligation du Tribunal cantonal de se conformer à l'arrêt de la juridiction fédérale.

Le professeur Kummer⁹⁰ critique à juste titre cette motivation. Celle qu'il propose reste pourtant insuffisante. Selon M. Kummer, le retrait de l'appel est inopérant parce que le renvoi du Tribunal fédéral au Tribunal cantonal aurait pu ne pas se produire, si l'état du dossier avait permis au Tribunal fédéral de juger le fond. Il serait anormal de lier la faculté d'anéantir la procédure à un renvoi purement accidentel. Mais, en raisonnant *a contrario* sur cet argument, on est conduit à admettre que le retrait de l'appel principal au Tribunal cantonal, déclaré durant la procédure devant le Tribunal fédéral, aurait été opérant. Cela est pourtant inadmissible. Le retrait doit être considéré comme inefficace dans l'un et l'autre cas, parce qu'accompli après la clôture de l'instance d'appel.

La théorie des instances autonomes permet de motiver cette juste manière de voir.

Il faudrait la même règle si le droit neuchâtelois connaissait le pourvoi en cassation par voie de jonction. Le pourvoi principal est déclaré mal fondé, contrairement au pourvoi incident. Dans cette hypothèse, le recourant principal, pour qui la procédure prend une tournure peu favorable, ne pourrait pas retirer son pourvoi afin de faire tomber le recours joint. Le retrait du recours principal après l'arrêt de cassation qui accueille le pourvoi incident permettrait au recourant principal de faire revivre un jugement probablement plus favorable que celui à rendre par le juge de renvoi. Le pourvoi incident ne serait plus un moyen de défense pour l'intimé. Il serait dépourvu de toute utilité. Le pourvoi par voie de jonction conserve son caractère accessoire durant l'instance devant la Cour de cassation seulement⁹¹.

Dans le même ordre d'idée, la partie condamnée par défaut devant le premier juge n'est pas défaillante devant le juge de renvoi. Cependant, elle ne peut remédier par le détour du pourvoi aux conséquences préjudiciables résultant du défaut devant le premier juge. Il faut naturellement réserver le cas où le défaillant recourt pour le motif qu'il a été condamné à tort par

⁹⁰ *Revue des juristes bernois*, 1959, p. 156 ss.

⁹¹ Selon M. Provinciali (p. 298), la partie qui n'a pas fait appel incident devant le premier juge (de seconde instance en l'occurrence) ne peut utiliser cette faculté dans la procédure de renvoi seulement. La règle nous paraît exacte si l'appel incident est possible durant un certain délai seulement, à compter de l'appel principal. En revanche, si l'appel par voie de jonction est recevable durant toute l'instance d'appel, cette faculté subsiste durant la procédure de renvoi.

défaut. S'il obtient la cassation, toute la procédure par défaut est anéantie et refaite contradictoirement devant le juge de renvoi.

Les partisans de la théorie du rétablissement en l'état antérieur doivent admettre, pour être logiques, que le défaillant devant le premier juge reste tel devant le juge de renvoi (à moins de cassation pour condamnation à tort par défaut) alors qu'il n'est pas défaillant devant la Cour de cassation !

*

Les parties ont toute faculté de débattre le litige devant le juge de renvoi. Elles conservent la disposition de l'objet litigieux comme devant le premier juge. Elles peuvent se désister de leur prétention, acquiescer à la prétention adverse ou transiger. L'instance de renvoi peut ne pas se terminer par le jugement aux fins duquel la Cour de cassation l'a ordonnée.

Le juge de renvoi a tous pouvoirs de se faire une idée juste des faits de la cause ⁹².

La décision qu'il rendra sera aussi susceptible de pourvoi en cassation, car la Cour de cassation « est instituée pour ramener perpétuellement à l'exécution de la loi toutes les parties de l'ordre judiciaire qui tendraient à s'en écarter » ⁹³.

*

L'interdiction de la *reformatio in pejus* qui empêche le juge d'appel de rendre une décision moins favorable pour l'appelant que celle dont appel (à moins que l'adversaire ait interjeté un recours incident) ne vaut pas en matière de renvoi ⁹⁴.

§ 2. LA CASSATION SANS RENVOI.

Lorsque le recours est fondé, la procédure comporte normalement deux phases : celle du rescindant (devant la Cour de cassation) et celle du rescisoire (devant le juge de renvoi). Il arrive néanmoins que, malgré le bien-fondé du recours, la procédure s'arrête au stade du rescindant. C'est qu'on se trouve en présence d'un arrêt de cassation sans renvoi.

Le système allemand de l'appel *in jure* conduit naturellement à faire de l'annulation sans renvoi le cas normal, du renvoi l'exception ⁹⁵. Et quand

⁹² Provinciali, 199.

⁹³ Crépon, I, 260.

⁹⁴ Chiovenda, 835, 836.

⁹⁵ Lent, 206; Rosenberg, § 143 III 2.

il y a renvoi, celui-ci se justifie principalement par des considérations de commodité.

En droit français, au contraire, la cassation sans renvoi revêt un caractère exceptionnel. Stricte, la jurisprudence ne la tolère que dans les cas prévus par la loi : pourvoi dans l'intérêt de la loi, annulation pour excès de pouvoir. Il est vrai que les auteurs préconisent un assouplissement, ainsi Morel ⁹⁶, et Cuche et Vincent ⁹⁷; mais leur opinion ne trouve aucun appui dans la jurisprudence.

Quant au droit italien, il a élargi le domaine de la cassation sans renvoi, pour supprimer autant que possible les renvois purement formels ⁹⁸.

•

Les systèmes italien et français représentent deux manières de concevoir l'absence de renvoi. Lequel est préférable ? Le législateur français respecte à la lettre le principe qui refuse un pouvoir de réforme à la Cour de cassation. Il est cependant peu pratique. Le droit italien, plus souple, est meilleur, mais est-il conforme à l'esprit de l'institution ? La cassation sans renvoi du droit italien se concilie-t-elle avec l'interdiction faite à la Cour de cassation de réformer le jugement attaqué ? La cassation sans renvoi n'implique-t-elle pas toujours un pouvoir de réforme ? Calamandrei le nie ⁹⁹. La cassation seule serait parfois nécessaire; le renvoi serait illégal. Le renvoi après cassation pour défaut de juridiction, absence de pouvoir de juger ne se concevrait pas. Ce serait un paradoxe de renvoyer quand la contestation échappe au pouvoir judiciaire. L'argument n'est pas solide. Le premier juge peut toujours constater qu'il n'a aucun pouvoir. Le renvoi, dans ce cas, n'est donc pas une instigation à réitérer l'erreur originaire et la cassation sans renvoi implique un pouvoir de réforme. La Cour de cassation déclare en lieu et place du juge de renvoi que la contestation échappe à la connaissance du pouvoir judiciaire. Il en va de même en cas de contrariété de jugements. En annulant, sans renvoyer, le deuxième jugement dans la même cause et entre les mêmes parties, la Cour de cassation rend simultanément la décision que le juge de renvoi aurait rendue. Peu pratique dans ce cas, la cassation avec renvoi reste néanmoins concevable.

A l'exception de la cassation sans renvoi dans l'intérêt de la loi, qui ne suppose pas un pouvoir de réforme parce qu'elle ne déploie que des conséquences doctrinales, la cassation sans renvoi n'a donc pas un fondement théorique qui permette de délimiter son domaine.

•

⁹⁶ Morel, N° 678.

⁹⁷ Cuche et Vincent, N° 486.

⁹⁸ De Maio, 243, N° 216; CPCI. art. 382.

⁹⁹ Calamandrei, II, 273.

La cassation sans renvoi a un fondement purement pratique, de bon sens. La procédure de renvoi doit répondre à une utilité, sinon, elle ne se justifie pas.

Une Cour d'appel italienne, statuant sur les frais, n'accorde pas au mandataire d'un des plaideurs la distraction des dépens qu'il demande. Sur pourvoi du mandataire, la Cour casse sans renvoi et accorde directement la distraction des dépens. Calamandrei étudie le cas ¹⁰⁰. Il arrive à la conclusion que cette cassation sans renvoi se justifie parfaitement en pratique, bien qu'elle soit dépourvue de tout fondement légal.

Le droit neuchâtelois accorde à la Cour de cassation la liberté d'apprécier si le renvoi se justifie ou non. C'est en somme une manière correcte de concevoir le renvoi ¹⁰¹, qui ne doit pas être une pure formalité. Il faut le supprimer lorsque son absence n'est pas de nature à nuire aux intérêts des parties.

§ 3. LES FRAIS.

Un principe traditionnel du droit français met définitivement les frais de la procédure devant la Cour de cassation et les frais des actes annulés à la charge du perdant devant la Cour suprême. La règle est stricte. « La partie qui a obtenu la cassation d'une décision ne peut être condamnée par la juridiction de renvoi, ni aux frais faits devant la Cour de cassation ni aux frais de la décision cassée sur son pourvoi » ¹⁰². Les frais des actes qui restent valables et ceux de la procédure de renvoi sont à la charge du perdant au fond. En cas de condamnation partielle, ils sont répartis proportionnellement.

Ces règles s'appliquent en droit neuchâtelois. Les frais de la procédure cassée ne sont jamais à la charge de l'Etat, bien qu'ils soient occasionnés par le fait d'un de ses organes ¹⁰³.

Ces règles sont assez injustes. Le vainqueur devant la Cour de cassation n'est pas forcément celui qui a bon droit. Elles encouragent la chicane; la partie, convaincue qu'elle peut obtenir la cassation du jugement encore qu'elle sache que son droit au fond est extrêmement douteux, recourra sans crainte, à des fins dilatoires peut-être.

¹⁰⁰ *Un singularissimo caso di cassazione senza rinvio.*

¹⁰¹ CCC VI 21, 36, 208, 240; RJN I 56, 161, 211.

¹⁰² BACCC 1951 III 118 N° 155; 1951 III 360 N° 507; 1953 IV 469 N° 653; Morel, N° 700.

¹⁰³ CCC VI 262; TC VIII 259.

Le droit italien de l'ancien et du nouveau code de procédure est plus équitable et souple. La Cour de cassation peut statuer immédiatement sur les frais. Mais elle a aussi la faculté de renvoyer la question au nouveau juge¹⁰⁴. De cette manière, il est possible de tenir compte du mérite des prétentions pour répartir la totalité des frais¹⁰⁵.

¹⁰⁴ CPCIt. art. 385.

¹⁰⁵ Provinciali, 217 : « E in fatti non è raro il caso in cui la sentenza di cassazione riserbi di pronunciare sulle spese del giudizio vertito avanti il supremo collegio, demandone, la pronuncia al giudice di rinvio nel giudizio di merito. Tale disposizione della sentenza è esclusivamente diretta a conseguire lo scopo che la pronuncia sull'onere delle spese, onche del giudizio di cassazione, non sia disgiunta dalla pronuncia sul merito; allo scopo di impartire il carico anche di quelle spese, a seconda della soccombenza sul diritto sostanziale dedotto in lite. »

CONCLUSIONS

Nous ne reviendrons pas sur les deux premiers titres de cette thèse.

Dans les suivants, nous avons étudié le pourvoi en cassation à quatre points de vue correspondant chacun à un aspect fondamental du droit judiciaire privé : la juridiction (nature du pourvoi), le droit d'action (recevabilité du pourvoi), l'instance et le formalisme (la procédure du pourvoi) et l'acte juridictionnel (l'arrêt de la Cour de cassation).

*

Le pourvoi en cassation a un objet spécial et une nature complexe. Il saisit une Cour qui a des pouvoirs strictement déterminés mais qui fait pourtant partie de la famille des juridictions. Le procès qui se déroule devant elle est comparable en tous points à ceux qui ont lieu devant les juridictions ordinaires. Il est composé des mêmes éléments et s'articule de la même manière. Seul son objet change. La doctrine n'a pas toujours su faire le départ entre la similitude de nature unissant la Cour de cassation au pouvoir judiciaire, et la différence d'objet du procès devant la Cour de cassation et du procès devant le juge de fond.

Sur le plan de l'organisation judiciaire, la nature spéciale du pourvoi en cassation se traduit par son caractère subsidiaire qui tend à ne faire intervenir la Cour suprême qu'en dernière ressource. Le caractère subsidiaire du pourvoi neuchâtelois assume une seconde fonction en coordonnant l'organisation judiciaire fédérale et l'organisation judiciaire cantonale.

*

L'examen des conditions de recevabilité illustre de façon éloquente la nature d'action du pourvoi en cassation et plus généralement des voies de recours.

Dans la mesure où elles ne résultent pas directement de la théorie de l'action (qualité, intérêt) les conditions de recevabilité du pourvoi doivent ou devraient être à l'unisson de la nature fondamentale de la Cour de cassation, juridiction de droit commun relativement aux décisions attaquables. Limité en profondeur, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation

doit être illimité en étendue. Pour cette raison, il conviendrait d'ouvrir le pourvoi aux actes juridictionnels gracieux.

*

Nous avons constaté que la silhouette et le contenu de l'instance devant la Cour de cassation sont encore incertains. La doctrine n'est pas parvenue à dégager de la routine procédurière tous les aspects et toute la substance de ce rapport juridique autonome. L'étude des rapports d'instance et de l'intervention serait susceptible de développements fructueux.

Le défaut essentiel du droit neuchâtelois de ce point de vue est l'absence du pourvoi par voie de jonction. Nous avons vu à quelles conditions son introduction serait souhaitable, en remarquant que le pourvoi conditionnel était un palliatif admissible.

*

Si la théorie de l'instance est lacunaire, les théories de l'arrêt de cassation et de la juridiction de renvoi sont quasiment inexistantes. L'article 401 CPCN, siège de ces matières, est manifestement insuffisant.

Nous inspirant d'illustres juristes italiens, nous avons essayé de donner une interprétation de l'instance de renvoi. Elle s'analyse en un rapport juridique autonome, distinct de celui qui a enveloppé le procès devant le premier juge. Cette conception trouve son fondement dans la nature juridique de la cassation. Elle subira, croyons-nous, avec succès l'épreuve de l'application pratique car elle engendre les conséquences les plus saines.

*

Nous disions dans notre avant-propos que l'étude du seul pourvoi neuchâtelois serait relativement peu intéressante. Les remarques qui précèdent sont de nature à en convaincre. L'une des ambitions de cette thèse est d'apporter au droit neuchâtelois les fruits des études et des expériences étrangères.

La loi, la jurisprudence et la doctrine jouent un rôle d'égale valeur dans le développement et l'interprétation du pourvoi. Elles apportent toutes trois une contribution propre et indispensable.

Si le droit français est l'« inventeur » d'une institution (d'origine essentiellement monarchique puis de valeur démocratique par excellence) qui a trouvé des imitateurs dans le monde entier, ses textes sont aujourd'hui incohérents. La figure légale du pourvoi ne correspond plus à sa figure pratique véritable. Le pourvoi français a été mal interprété, parfois, à cause de l'image infidèle qu'en donnent les textes.

Le droit italien ne compte pas seulement parmi les imitateurs du pourvoi français. Il fait aussi figure d'artisan. Il a développé le pourvoi français mieux que les Français eux-mêmes. Son chapitre sur les voies de recours mérite l'attention des législateurs modernes.

La comparaison de la doctrine française et de la doctrine italienne est intéressante aussi.

Les ouvrages français classiques sur le pourvoi consistent souvent en une systématisation de la jurisprudence, qui se dégage avec peine du cas concret. Les auteurs italiens, au contraire, s'efforcent d'élaborer des constructions unitaires et frappantes, mais perdent parfois de vue la réalité.

Dans le domaine de l'autorité de la chose jugée, M. Foyer¹ dénonce l'excès de dogmatisme de la doctrine allemande et l'excès inverse de la doctrine française. Plutôt que d'être généralisées, ces remarques doivent rendre attentif à l'une des difficultés majeures de la procédure : la nécessité de constructions théoriques harmonieuses qui n'oublient pas, pour autant, la réalité à laquelle le droit est finalement destiné. C'est le péril du droit judiciaire privé : ou bien le souci du détail empêche une vue générale et synthétique, ou bien la vue générale devient irréaliste.

C'est pourquoi, plus que partout ailleurs, la loi, la jurisprudence et la doctrine forment une trilogie dont un élément ne peut suppléer l'autre.

*

Comparé à ses voisins, le droit suisse fait figure de parent pauvre, malgré ses quatre douzaines de lois de procédure civile et d'organisation judiciaire. La faute n'en est pas aux juristes. La jurisprudence neuchâteloise, par exemple, est riche, mais elle ne peut évidemment contenir la solution de questions qui n'ont pas été posées aux tribunaux neuchâtelois. Si le GPCN n'est pas une bonne loi de procédure, c'est parce qu'elle s'applique sur un territoire trop restreint. Le nombre des affaires qu'elle régit ne constitue pas une épreuve rigoureuse qui puisse l'améliorer. Quel doit être, dans ces circonstances, l'avenir du droit suisse de la procédure ? L'unification ou le particularisme ?

Depuis l'échec de 1872, le problème de l'unification de la procédure n'a plus été repris. A quelques rares exceptions², l'esprit conservateur règne³.

Les bizarreries de notre système provoquent souvent l'étonnement des juristes étrangers. Reconnaissons-lui néanmoins le mérite de la rapidité,

¹ Foyer, th., pp. IV, V.

² Kummer 9, 21; Schurter et Fritzsche, *Das Zivilprozessrecht des Bundes*, Zurich, 1924, p. 3, texte et note 1; H. F. Pfenninger, RDS, NF, 65, 1946, 393 a.

³ Comtesse, RDS, NF, 65, 1946, 114 a et 374 a; Cavin, RDS, NF, 65, 1946, 60 a et 368 a; Schwander, RDS, NF, 74, 1955, 104.

ou plutôt de l'absence de lenteurs intolérables dans l'administration de la justice. Contrairement à ce qui se passe dans les États voisins, nous ne croyons pas qu'on puisse parler en Suisse d'une surcharge du pouvoir judiciaire, des Cours suprêmes en particulier. Ces *leitmotive* des droits français et italien, entre autres, constituent un problème propre du pourvoi en cassation. Les Cours suprêmes étrangères enregistrent des retards considérables dont le droit français n'a pas triomphé par ses récentes réorganisations de la Cour de cassation. Les causes de cette surcharge sont nombreuses. Les modifications survenues dans la conception du rôle de la Cour suprême, l'accroissement de ses pouvoirs, le déplacement consécutif de la limite du fait et du droit, ont naturellement alourdi sa tâche, enflée encore par la véritable diarrhée et l'incohérence des législateurs modernes. « Aujourd'hui on a totalement perdu de vue les règles traditionnelles de la technique du droit. On fait des textes sur tout et on analyse toutes les situations », s'écrie le président de l'Ordre R. de Célice dans son discours de rentrée de 1954⁴. Ces causes sont lointaines et leur suppression ne peut être instantanée. Devant l'impossibilité d'introduire un taux litigieux minimum pour se pourvoir, reste une seule issue : l'augmentation des effectifs des juridictions suprêmes.

Ce souci ne touche pas les législateurs suisses. C'est peut-être un des bienfaits du particularisme qui est par ailleurs à l'origine d'autres inconvénients : la complication due à la multiplicité des législations, l'insécurité qui en résulte, la dispersion des études doctrinales et des publications de jurisprudence. Un système législatif ne se perfectionne qu'au contact d'une réalité intense. Les territoires cantonaux sont trop étroits pour cela. De nombreux aspects de la procédure restent non étudiés. Les juristes deviennent, malgré eux, des fossoyeurs de la procédure civile.

Le problème, quelle qu'en soit la difficulté, relève de la seule opportunité. Une unification qui supprimerait ces inconvénients tout en conservant les qualités du droit actuel serait donc souhaitable.

Pourtant, des difficultés nombreuses se dressent devant un tel projet. La procédure *lato sensu* est composée de trois pièces maîtresses : la procédure au sens étroit (théories de l'action, de l'instance, du jugement, du formalisme), les règles de compétence et celles relatives au pouvoir judiciaire (pour ne mentionner que les éléments essentiels à l'exclusion des domaines accessoires relatifs au barreau, au ministère public...) La procédure au sens étroit ne peut être unifiée seule. Elle varie selon les tribunaux devant lesquels se disputent les plaideurs, donc en fonction de la compétence. Celle-ci est en relation étroite avec le pouvoir judiciaire. Au surplus, la procédure civile a une sœur, la procédure pénale. Ces circonstances commandent un choix. L'unification intégrale constituerait une atteinte à la structure fédérative que ne comportait peut-être pas l'unification du droit civil ou

⁴ *Gazette du Palais* (bi-hebdomadaire), 22-25 janvier 1955.

du droit pénal. La suppression du pouvoir judiciaire cantonal ne paraît pas concevable. Mais une procédure unifiée (*lato sensu*) est conciliable avec le système fédératif. L'obstacle n'est pas infranchissable. Le droit fédéral pourrait décider de la structure du pouvoir judiciaire cantonal de manière à unifier les types de tribunaux, et laisser aux cantons le soin de les organiser, comme il le fait pour les organes de la poursuite pour dettes et de la faillite. Il serait ainsi possible d'unifier les règles de compétence, la procédure *stricto sensu* et la structure des pouvoirs judiciaires cantonaux. Un droit judiciaire privé exclusivement fédéral pourrait être créé, sous réserve de la réglementation, essentiellement administrative, de l'organisation judiciaire. Ce système serait préférable à une loi fédérale constituant un droit commun pour les cantons.

Ces quelques remarques suffisent à montrer la complexité des problèmes que suscite l'unification du droit judiciaire, travail dont on ne peut escompter la réalisation ni même l'entreprise dans un proche avenir, mais dont il serait souhaitable que la doctrine posât les prémisses. Des investigations restent à faire dans les droits cantonaux qui constituent un « folklore » intéressant. Les résultats seraient utilement déposés dans une revue créée à cet effet ou dans une revue existante. Sur ces bases et en s'inspirant des solutions et des expériences étrangères, une unification valable pourrait voir le jour. Nous en souhaitons l'entreprise, tout en gardant en mémoire les sages paroles du doyen Viziox⁵ : « L'expérience a montré qu'on ne fait œuvre ni solide ni durable en touchant d'une main trop lourde ou trop brusque à l'appareil du procès civil. A cause du caractère essentiellement technique de la procédure, la réforme de cette branche du droit exige beaucoup de précautions, demande à être soigneusement préparée et mûrie. » Les difficultés ne doivent pas encourager la passivité ou un conservatisme stérile. Une erreur est préférable à une abstention. C'est souvent en posant et en appliquant une idée fausse qu'il est possible d'entrevoir le principe juste, s'il en est un qui le soit vraiment, car « il n'y a pas une idée qui ne porte en elle sa réfutation possible, un mot, le mot contraire »⁶.

Le Crêt-du-Loche, février 1960.

⁵ Viziox, 537.

⁶ Proust, *La Fugitive*.

BIBLIOGRAPHIE

- ANCEL, M. : *Réflexions sur l'étude comparée des Cours suprêmes et le recours en cassation*, Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, vol. III, 1938, pp. 285 ss.
- AUBERT, H. : *Des causes d'ouverture à cassation en matière civile*, thèse, Paris 1884.
- AUBERT, J.-F. : *Note sur le rattachement de l'arbitrage à un ordre juridique, à propos d'un arrêt du Tribunal fédéral du 18 septembre 1957*, Revue critique de droit international privé, 1958, pp. 358 ss.
- BALSIGER, R.-H. : *Kassation und Kassationsgericht im Kanton Zürich*, thèse, Zurich 1903.
- BARB, J. : *L'application des lois étrangères et la Cour de cassation*, thèse, Paris 1930.
- BARDOT, H. : *Du pourvoi en cassation*, thèse, Paris 1873.
- BIRCHMEIER, W. : *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesrechtspflege*, Zurich 1950.
- BONNEGASE, L. : *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir*, thèse, Toulouse 1909.
- BORDEAUX, R. : *Philosophie de la procédure civile*, mémoire sur la réformation de la justice, Evreux 1857.
- BOURGUIGNON-DUMOLARD, C.-S. : *De la magistrature en France considérée dans ce qu'elle fut et dans ce qu'elle doit être*, Paris 1807.
- BOYER, L. : *Les effets des jugements à l'égard des tiers*, Revue trimestrielle de droit civil, t. 49, 1951, pp. 163 ss.
- BOYVE, J.-F. : *Projet de système sur les us et coutumes de la Principauté de Neuchâtel et de Valangin*, 1755, 1 vol. manuscrit, Bibliothèque de la Ville de Neuchâtel.
- *Examen d'un candidat pour la charge de justicier par demandes et réponses familières sur les matières de la pratique judiciaire de la Principauté de Neuchâtel*, 1786.
- BROGGINI, G. : *Conoscenza e interpretazione del diritto straniero*, Annuaire suisse de droit international, vol. IX, 1954, pp. 105 ss.
- BRULLIARD, G. : *L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou « volontaire » et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne*, Revue internationale de droit comparé, 9^e année, 1957, pp. 5 ss.
- CALAMANDREI, P. : *La cassazione civile*, Milan/Turin/Rome 1920.
- *Un singularissimo caso di cassazione senza rinvio*, estratto del Foro italiano, 1923, vol. 48, fasc. VII.
- CALOGERO, G. : *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padoue 1937.
- GANCINO, F. C. : *La nullité des actes juridiques*, Montréal 1950.

- CAVIN, P. : *Droit pénal fédéral et procédure cantonale*, Revue de droit suisse, N. F., t. 65, 1946, pp. 1 a ss.
- CÉLICE, A. : *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire*, Aix 1888.
- CÉLICE, R. : *La Cour de cassation en Italie*, extrait des Etudes italiennes, Paris 1924.
— *Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, séance solennelle de rentrée du 8 décembre 1954, Gazette du Palais, bi-hebdomadaire, 1955, N^{os} 22 à 25.
- CHENON, E. : *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris 1882.
- CHIOVENDA, G. : *Principii di diritto processuale civile*, Naples 1923.
- CLERC, Fr. : *Le procès pénal en Suisse romande*, Paris 1955.
- COLIN, A. : *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, Journal de droit international privé et de jurisprudence comparée, vol. 17, 1890, pp. 406 ss, 794 ss.
- COMTESSE, F.-H. : *Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht*, Revue de droit suisse, N. F., t. 65, 1946, pp. 61 a ss.
- CORNU, G. et FOYER, P. : *Procédure civile*, Paris 1958.
- COUTURE, Ed. : *Introduction à l'étude de la procédure civile*, Paris 1950.
- CRÉPON, T. : *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris 1892.
- CUGHE, P. et VINGENT, J. : *Précis de procédure civile*, Paris 1958.
- DE MAIO, G. : *Manuale teorico pratico di procedura civile*, Rome 1950.
- DESCHENAUX, H. : *La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au Tribunal fédéral*, Fribourg 1948.
- DES GOUTTES, R. : *Système des nullités en droit suisse*, Revue de droit suisse, N. F., t. 48, 1929, pp. 348 ss.
- DEVÈZE, G. : *De la règle : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, thèse, Toulouse 1938.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. : *Précis de droit criminel*, Paris 1953.
- DREYER, G. : *Le recours de droit public au Tribunal fédéral*, Lausanne 1940.
- DROGOUL, F. : *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Aix-Marseille 1902.
- DU PASQUIER, Cl. : *Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuve en procédure civile neuchâteloise*, Neuchâtel 1919.
- ENCYCLOPÉDIE DALIOZ : *Procédure civile*, publiée sous la direction de MM. E. Verge et G. Ripert, Paris 1955.
- FABREGUETTES, M. P. : *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris 1914.
- FAYE, E. : *La Cour de cassation, traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Paris 1903.
- FISCHER, O. : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts und Konkursrechts*, Berlin 1918.
- FOYER, J. : *De l'autorité de la chose jugée — essai d'une définition*, thèse, Paris 1954 (dactylographiée).
- FRITZSCHE, H. : *Les procès entre particuliers (éléments de procédure civile et commerciale)*, *La vie juridique des peuples*, vol. VI, Paris 1935.

- FRITZSCHE, H. : *Von Kassation und Kassationsgericht*, Revue suisse de jurisprudence, t. 36, 1939, pp. 133 ss, 149 ss.
- AZZARITI, G. : *Il ricorso per cassazione secondo la nuova costituzione*, Scritti giuridici in onore di Fr. Carnelutti, Padova 1950, vol. II, pp. 97 ss.
- GARSONNET ET CÉZAR-BRU : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., 1912-1925.
- GAUPP, L. et STEIN, L. : *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 15^e édition, Tübingen 1934.
- GÉNY, Fr. : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899.
— *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris 1914-1924.
- GERWIG, M. : *Über Wesen und Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Basler Juristische Mitteilung, 1956, IV, pp. 197 ss.
- GIVERDON, Cl. : *La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice*, Dalloz, Chronique, 1952, pp. 85 ss.
- GLASSON, E. : *Note relative aux voies de recours contre les décisions de juridiction gracieuse*, Dalloz, 1896, I, p. 5, sous Cassation du 3 avril 1895.
- GLASSON, TISSIER et MOREL : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de comptance et de procédure civile*, 5 vol., Paris 1925-1936.
- GORPHE, Fr. : *Les décisions de justice*, Paris 1952.
- GUISAN, Fr. : *Note à propos de la distinction du fait et du droit*, Journal des Tribunaux, 1943, I, 398.
- GULDENER, M. : *Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht*, thèse, Zurich 1942.
— *Das Schweizerische Zivilprozessrecht*, 2^e édition, Zurich 1958.
- HÉBRAUD, P. : *De l'appel des jugements interprétatifs*, Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, 1937, 1^{er} semestre, N^o 43.
— *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la Chambre du Conseil*, Dalloz, 1946, Législation, pp. 333 ss.
- HELBERG, L. : *Die Rechtsmittel des genferischen Zivilprozessrechtes*, thèse, Zurich 1956.
- HERZOG, J.-B. : *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal suprême en Espagne*, thèse, Toulouse 1942.
- HEUSLER, A. : *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim 1923.
— *Die Nichtigkeitsbeschwerde in der schweizerischen Zivilprozessordnung*, Revue de droit suisse, A. F., t. 15, pp. 103 ss.
- HOFMANN, P. : *Du pourvoi en nullité en droit vaudois*, thèse, Lausanne 1943.
- JAEGER, N. : *Corso di diritto processuale civile*, 2^e éd., Milan, 1956.
- JAPIOT, R. : *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon 1909.
— *Traité élémentaire de procédure civile*, 3^e éd., Paris 1935. (Les notes de la thèse qui ne comportent que le nom de cet auteur se rapportent à cet ouvrage.)
— *Article sur la juridiction gracieuse*, Revue trimestrielle de droit civil, t. 11, 1912, pp. 771-818.
- JOLY, J. : *De la loi dont la violation peut constituer un moyen de cassation en matière civile*, thèse, Nancy, 1903.

- JOUARRE, L. : *Les Tribunaux de cassation en législation comparée*, 1901.
- KLEIN, F. E. : *Autonomie de la volonté et arbitrage*, Revue critique de droit international privé, 1958, pp. 255 ss et 479 ss.
- KLEINFELLER, G. : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1910.
- KUSTER, W. : *Über den logischen Aufbau von Urteilsbegründungen*, Revue suisse de jurisprudence, t. 52, 1956, pp. 17 ss.
- LABORDE LACOSTE, M. : *Précis élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris 1939.
- LE CLEC'H, J.-F. : *De l'insuffisance de motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, 1948, I, p. 690.
- *Manque de base légale et violation de la loi en matière civile*, Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, 1948, I, p. 720.
- LENT, Fr. : *Zivilprozessrecht*, 7^e édition, Munich et Berlin 1957.
- LESSONA, G. : *La réforme judiciaire en Italie*, Revue trimestrielle de droit civil, t. 2, 1903, pp. 345 ss.
- *Des Cours de cassation en Italie*, Revue trimestrielle de droit civil, t. 9, 1910, pp. 353 ss.
- LEUCH, G. : *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 3^e édition, Berne 1956.
- LEWALD, H. : *Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 57, 1936, III, pp. 201 ss.
- LOISEL, M. : *Du pourvoi en cassation pour contrariété de jugements*, Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, 1945, I, N^o 486.
- LURO, J. : *Des suites d'un arrêt de cassation en matière civile*, thèse, Toulouse 1905.
- MARTY, G. : *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, Toulouse 1929.
- *Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le Tribunal suprême*, Recueil d'études en l'honneur d'Ed. Lambert, 4^e partie, pp. 728 ss, Paris 1938.
- MATILE, G.-A. : *Institutions judiciaires et législatives de la Principauté de Neuchâtel et Valangin*, 1838.
- MATTI, H. : *Zivilprozessrecht*, Zurich 1938.
- MAURY, J. : *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation*, Revue de droit international privé, 1931, p. 583.
- *La condition de la loi étrangère en droit français*, Travaux du Comité français de droit international privé, neuvième et treizième année (1948-1952), séance du 27 avril 1951, pp. 97 ss.
- MENZEL, R. : *Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozessrechts*, thèse, Zurich 1951.
- MIMIN, P. : *Note sur le jugement interprétatif et sur le jugement rectificatif*, Dalloz périodique, 1932, II, pp. 65 ss.
- *Le style des jugements*, Paris 1951.
- MOREL, R. : *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e édition, Paris 1949.
- MORTARA, L. : *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milan 1923 (vol. IV : *I mezzi per impugnare le sentenze*).

- MOTULSKY, H. : *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, 1949, I, N° 775.
- NIKISCH, A. : *Zivilprozessrecht*, 2^e édition, 1952.
- OSTERWALD, S. : *Les lois, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel et Valangin*, 1875.
- PANCHAUD, A. : *Réflexions sur la vocation du juge*, Journal des Tribunaux, 1946, I, pp. 578 ss.
- PERREGAUX, G. : *Du recours en cassation contre les jugements arbitraux en procédure civile neuchâteloise*, Revue suisse de jurisprudence, t. 45, 1949, pp. 113 ss.
- PERRIN, E. : *Du pourvoi devant la Cour de cassation*, thèse, Paris 1879.
- PERROT, R. : *Note sur l'effet dévolutif, l'effet d'annulation et le droit d'évocation en appel*, Dalloz 1952, pp. 565 ss.
- PIAGET, A. : *Histoire de la Révolution neuchâteloise*, 5 vol., Neuchâtel 1909-1931.
- PIGUET, Ed. : *Le déni de justice, étude théorique et pratique de la jurisprudence fédérale*, thèse, Lausanne, 1907.
- PLASSARD, J. : *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, thèse, Paris 1924.
- PONCET : *Des jugements*, second traité élémentaire de législation et de procédure à l'usage des élèves de la Faculté de droit de Dijon, 2 vol., 1821.
- PROVINCIALI, R. : *Il giudizio di rinvio*, monographie de « Il foro della Lombardia », vol. IX, Padoue 1936.
- REDENTI, E. : *Diritto processuale civile*, 2^e édition, Milan 1957.
- REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER : *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations — un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements — 1767*, 1958, pp. 1 ss.
- ROCCO, A. : *La sentenza civile*, Turin 1906.
- ROGÉRY, A. : *Du recours en cassation pour non-application ou violation de la loi étrangère*, thèse, Paris 1910.
- ROLAND, H. : *Chose jugée et tierce opposition*, Paris 1958.
- ROSENBERG, L. : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7^e édition, Munich et Berlin 1956.
- ROSSEL, Cl. : *Le déni de justice formel dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, thèse, Lausanne 1951.
- SALOMÉ, Y. : *Les pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation en matière de conflits de lois*, thèse, Paris 1938.
- SCHÖNKE, A. : *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 8^e édition, Karlsruhe 1956.
- SCHURTER et FRITZSCHE : *Der schweizerische Zivilprozess, kantonale Zivilprozessgeschichte*, Zurich 1931-1933.
- SCHWINGE, E. : *Grundlagen des Revisionsrechts*, Bonn 1935.
- SECRÉTAN, R. : *L'organisation du pouvoir judiciaire en Suisse*, conférence prononcée à l'Université de Montpellier 1955.
- SKEDL, A. : *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1886.

- SOLUS, H. : *Cours de droit judiciaire privé*, Paris 1955-1956, 1956-1957, 1957-1958.
— *Note à propos des jugements inexistantes*, sous Amiens, 28 juillet 1947, Sirey, 1948, II, p. 21.
- STEIN, Fr., JONAS, M. et SCHÖNKE, A. : *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 18^e éd., Tübingen 1952-1956.
- VIZIOZ, H. : *Etudes de procédure*, Bordeaux 1956.
- WARLOMONT, R. : *Le magistrat, son statut, sa fonction*, Bruxelles 1950.
- WEHLI, A. : *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, Festschrift für A. Wach, t. I, Leipzig 1913, pp. 405 ss.

INDEX

A

- Acte :
- administratif, 18, 19, 219 ss.
 - administratif judiciaire, 227.
 - de procédure, 36, 300 ss.
 - de recours, 51, 200, 201, 263 ss.
 - juridictionnel, 31 ss, 50 ss, 120 ss, 126 ss.
 - juridictionnel gracieux, contentieux, 219 ss.
- Action :
- Notion d'—, 197 ss.
 - en constatation d'inexistence, 32, 46, 47.
 - en modification du jugement, 21, 24.
 - en nullité, 35 ss, 50 ss.
 - révocatoire, 54, 205, 206.
- Amende :
- de fol appel, 245, 246.
 - pour non comparution, 245, 246.
- Appel :
- Caractère de l'—, 95.
 - Demandes nouvelles en —, 22, 99, 100.
 - Fonctions de l'—, 22.
 - incident, 270 ss.
 - Moyens nouveaux en —, 104 ss.
 - neuchâtelois, 82, 188, 189.
- Arbitrage : cf. siège, sentence, tribunal, ouvertures à cassation.
- Arbitraire : cf. déni de justice sous ouvertures à cassation.
- Argument juridique :
- Notion d'—, 106.
 - Devant la Cour de cassation, 104 ss.
- Arrêt de la Cour de cassation :
- Autorité de l'— sur le juge de renvoi, 313.
 - de bien-fondé, 293.
 - de correction d'erreurs non causales, 291, 292.
 - de mal-fondé, 291.
 - d'irrecevabilité, 290.
 - de recevabilité, 290, 291.
- Effet de l'—, 298 ss.
- Etendue de l'—, 294 ss.
- Frais de l'—, 320.
- Voies de recours contre l'—, 293.

- Arrêt de la procédure de pourvoi: 280, 281.
- Autorité de la chose jugée, 13 ss, 52, 163.
- Autorité de la jurisprudence, 111, 112.

C

- Capacité :
- d'être partie, 259.
 - de procéder, 260 ss.
- Cassation :
- avec renvoi, 309.
 - dans l'intérêt de la loi, pour excès de pouvoir, 66, 67, 91, 93.
 - d'office, 91, 283, 284.
- Effets de la — sur le jugement attaqué, 294 ss.
- Effets de la — sur d'autres jugements, 36, 37, 298, 299.
- Effets de la — sur les actes de procédure, 300.
- Effets de la — sur les actes d'exécution, 301 ss.
- Etendue objective de la —, 294.
- Etendue subjective de la —, 297.
- Frais de la —, 320.
- Incident en —, 276.
- Moyens recevables en —, 101 ss.
- Ouvertures à —, cf. ouvertures.
- par voie de conséquence, 36, 37, 298, 299.
- Preuve en —, 275 ss.
- Procédure de —, 259 ss.
- sans renvoi, 318 ss.
- Causalité :
- de l'erreur, 140.
 - du vice, 157, 176, 182, 291, 292.
- Cause :
- de la demande, 104 ss.
 - d'inexistence, 45, 46, note 249, p. 160.
 - du pourvoi, 106.
- Classification des voies de recours, 29 ss.
- Clause :
- attributive de compétence, 209, 210, note 307 p. 175.
 - de renonciation aux voies de recours, 253 ss.
 - supplémentaire contraire (488 CP GN), 179, 212.

- Compétence, cf. ouvertures à cassation.
- Composition :
- de la Cour de cassation, 208, 209, 277.
 - irrégulière du tribunal, 44, 160, 167, 171.
- Conclusions :
- civiles devant le juge pénal, 179, 212.
 - du demandeur en cassation, 265, 269, 270.
 - implicites, 241, 296.
 - principales, subsidiaires, 173.
- Concours de recours :
- Notion de —, 186 ss.
- du pourvoi et de l'appel, 188.
 - du pourvoi et de la demande en revision, 189.
 - du pourvoi et de la demande d'interprétation ou de rectification, 190 ss.
 - du pourvoi et du recours en réforme au Tribunal fédéral, 192.
 - du pourvoi et du recours en nullité au Tribunal fédéral, 194.
 - du pourvoi et du recours administratif, 196.
 - du pourvoi et du recours de droit public, 194 ss.
- Conditions :
- de bien-fondé, 198, voir aussi ouvertures à cassation.
 - objectives de recevabilité, 207 ss.
 - subjectives de recevabilité, 234 ss.
 - de validité de l'instance, 197 ss.
- Confirmation :
- du jugement dont appel, 98, 99.
 - du jugement dont pourvoi, 291.
- Conflit de compétence, 175.
- Consorts :
- nécessaires, 238 ss.
 - volontaires, 240.
- Contrariété :
- dans le jugement, 46, 174.
 - de jugements, 161 ss.
 - du jugement avec les pièces du dossier, 176.
- Correction :
- d'erreurs non causales par la Cour de cassation, 291 ss.
 - d'erreurs matérielles, d'erreurs de calcul, 21, 23, 24, 192.
- Cour de cassation :
- Accès à la —, 108, 109.
- Caractère de la —, 70, 72, 75.
- Composition de la —, 208, 209.
- Débats devant la —, 273, 274.
- Dénonciation devant la —, 279.
- en droit allemand, 72 ss.
 - en droit cantonal, 87 ss.
 - en droit fédéral, 84 ss.
- en droit français, 64 ss.
 - en droit italien, 71, 72.
 - en droit neuchâtelais, 76 ss.
- Fonction de la —, 110 ss.
- Incident devant la —, 276 ss.
- Inhabilité d'un membre de la —, 277.
- Inscription en faux devant la —, 277.
- Intervention devant la —, 277 ss.
- Pouvoir d'appréciation de la —, 125, 285.
- Pouvoir de décision de la —, 108 ss.
- Pouvoir d'examen de la —, 95 ss, 119 ss, 283 ss.
- Récusation d'un membre de la —, 277.
- Ressort de la —, 207.
- Surcharge de la —, 325, 326.
- Tribunaux soumis à la —, 207 ss.
- Coutume, 142 ss.

D

- Date du jugement, 174.
- Débats oraux devant la Cour de cassation, 273, 274.
- Déchéance du droit de recours, 250 ss.
- Déchéance devant le juge de renvoi, 316 ss.
- Défaillant :
- Droit de recours du —, 317, 318.
- Défaut :
- de base légale, 177 ss.
 - de dispositif, 38.
 - de juridiction, 40, 44, 318, 319.
 - de motivation, 172 ss.
 - devant la Cour de cassation, 273, 317, 318.
- Définition :
- de l'acte juridictionnel (gracieux et contentieux), 31 ss, 50 ss, 120 ss, 126 ss, 219 ss.
 - de la cause de la demande, 104 ss.
 - de l'action, 197.
 - de l'argument, 106.
 - de l'effet dévolutif et non dévolutif, 97.
 - du moyen, 105 ss.
 - des voies de recours, 26 ss.
- Délai, 164, 250 ss, 265.
- Demande :
- Notion de —, 198.
- d'interprétation, 21, 23, 24.
 - d'intervention en cassation, 277 ss.
 - de modification du jugement, 24.
 - nouvelle en appel, 22, 100.
 - nouvelle en cassation, 100.
 - nouvelle en renvoi, 315.
 - de revision, 23.
- Dénaturation, 177.
- Déni de justice, 175 ss.
- Dénonciation :
- Droit de recours du dénoncé, 244.
- en cassation et en renvoi, 279.

Direction du procès en cassation, 274.
Dispositif :
 Chef de —, 294, 295.
 Défaut de —, 38.
Distinction :
 — des actions et des recours, 20, 50 ss.
 — du fait et du droit, 119 ss.
 — de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse, 219 ss.
 — des moyens et des arguments, 104 ss.
 — des moyens et des causes, 105 ss.
 — des moyens ordinaires et des moyens d'ordre public, 102 ss.
Dossier :
 Contrariété avec les pièces du —, 176.
 — de la Cour de cassation, 276.

Droit :
 — à obtenir la cassation, 200, 201.
 — d'action, 197, 198.
 — déduit en justice, 198, 199.
 — international privé, 148 ss, 208.
 — intertemporel, 288, 311.
cf. qualité.

E

Effets du jugement, 14.
Egalité devant la loi, 26.
Effets du recours, 266 ss.
Erreur :
 —, cause de nullité des actes juridiques et juridictionnels, 54.
 — imputable au juge, 109, 139, 140.
 — de plume, de calcul, sans influence sur le dispositif, 23, 24, 140, 291, 292.
 — imputable aux parties, 102.
 — *in iudicando*, 138 ss, 180 ss.
 — *in procedendo*, 155 ss, 180 ss.
Exception de chose jugée, cf. autorité de la chose jugée.
Excès de pouvoir, 51, 155 ss, 244.
Exequatur, 14, 28, 49, 211.

F

Fait :
 — notoire en cassation, 147.
 — nouveau, 21, 24.
 — nouveau devant le juge de renvoi, 316.
Question de —, 107, 108, 119 ss, 285.
Faute :
 — du juge, 104, 109.
 — des parties, 102.
Force :
 — de chose jugée, 13 ss, 52.
 — exécutoire du jugement, 14.
 — obligatoire du jugement, 15.
 — probante du jugement, 14, 15, 167, 168.

 — probante du procès-verbal, 168.
Forclusion devant le juge de renvoi, 316 ss.
Forme :
 — de l'acte juridique, 38, 48, 49.
 — du jugement, 38, 48, 49.
 — du pourvoi, 263 ss.
Frais, 320.

G

Gagnant, 248.
Greffier, 171, 174.

H

Histoire :
 — du pourvoi français, 64 ss.
 — du pourvoi italien, 71, 72.
 — de la *Revision* en droit allemand, 72 ss.
 — du pourvoi neuchâtelais, 76 ss.
 — du recours en nullité en droit germanique, 60 ss.
 — du recours en nullité en droit commun, 62, 63.
 — du recours en nullité en droit romain, 57 ss.
 — du pourvoi dans l'intérêt de la loi, 66, 67.

I

Illicéité, cause de nullité des actes juridiques et juridictionnels, 53, 54.
Incident :
 — devant la Cour de cassation, 276 ss.
 Recours —, 270 ss.
Incompétence, 155 ss.
Indices, 134 ss.
Indivisibilité, 297, 298.
Inexistence :
 — de l'acte juridique, 32.
 — du jugement, 39 ss.
Inhabilité :
 — du juge de fond, 36.
 — du juge de cassation, 277.
Inscription en faux :
 — devant la Cour de cassation, 277.
 — et voies de recours, 28, 29.
Instruction du pourvoi, 274 ss.
Insuffisance de motifs, 172 ss.
Interdiction :
 — des moyens nouveaux en cassation, 101 ss.
 — des demandes nouvelles en cassation, 99 ss.
 — du fait en cassation, 107, 108.
 — des actes conditionnels en procédure, 271, 272.

Intérêt : 245 ss.
 — à se pourvoir, 248.
 Appréciation de l'intérêt moral, 247.
 — à agir, à recourir, 245.
 — de la loi, cf. pourvoi.
 Disparition de l'—, 246, 291.
 — doctrinal, 246, 248.
 — général, privé, 115 ss.
 — juridique, 247.
 Moment de l'appréciation de l'—, 246.
 — moral, 247.
 — né et actuel, 246.
 — personnel et direct, 245.

Interprétation :
 — de l'arrêt de la Cour de cassation, 99.
 — de la renonciation à recourir, 256, 257.
 — de la loi, 111, 138 ss.
 — du jugement, 21, 23, 24, 190, 191.

Intervenant :
 Droit de recours de l'—, 241 ss.

Intervention :
 — devant la Cour de cassation, 277 ss.
 — devant le juge de renvoi, 315.

Intimé : 269.
 Acquiescement de l'— au pourvoi, 273.
 Défaut de l'— en cassation, 273.
 Droit de recours de l'—, 269.
 Recours conditionnel de l'—, 271, 272.
 Recours par voie de jonction de l'—, 270, 271.
 Renonciation de l'— à bénéficier du jugement attaqué, 281.
 Réponse de l'intimé, 273.

Introduction du pourvoi, 259 ss.
 Invalidité de l'acte juridique et de l'acte juridictionnel, 31 ss, 50 ss.
 Issue du pourvoi, 280.

J

Juge d'ordre, 78, 79.

Jugement :
 — annulable, 35, 47.
 — au fond, 22, 36, 37, 213, 214.
 — avant dire droit, 214.
 — constitutif, 12, 303.
 — déclaratif, 12.
 — de divorce, 12 note 13, 45, 224.
 — définitif, 214, 290.
 — d'expédient, 220.
 — de légitimation, 26, 36.
 — en l'état, 24.
 — final, 214.
 — implicite, 217, 218.
 — incidentel, 188, 189, 214, 215.
 — inexistant, 28, 39 ss, 48, 49.
 — interlocutoire, 214.

— nul, 35 ss.
 — pénal sur conclusions civiles, 142, 179, 212, 218.
 — provisoire, 214.
 — relatif à l'instruction, 214.
 — sans effet, 37 ss.

Jurisdiction :
 — contentieuse et gracieuse, 219 ss.
 — de droit commun et d'exception, 29, 40, 41, 70, 207.
 Défaut de —, 40, 44, 319.

Jurisprudence :
 Mobilité de la —, 113.
 —, source du droit, 111 ss.
 Uniformité de la —, 59, 63, 68, 69, 72, 89, 109, 110 ss.
 Valeur de la —, 111, 113 ss, 184, 185.
 Violation de la —, 144.

Justification des voies de recours, 111 ss.

L

Lacunes, 164, 286.
 Liberté d'appréciation, 285.

Loi :
 — au sens de l'art. 393 lit. a GPCN, 141 ss.
 — étrangère, 148 ss.

M

Mandataire, cf. représentation.
 Maximes d'expérience, 136, 137.
 Mémoire ampliatif, 264.
 Mesures provisoires, 268.

Modification :
 — législative, 288.
 Action en modification du jugement, 21, 24.

Motivation :
 — du pourvoi, 264.
 Défaut de —, 172 ss.
 Insuffisance de —, 172 ss.

Moyen :
 Notion de —, 104 ss.
 — de cassation, 107.
 — de droit nouveau en cassation, 288, 289.
 — de droit privé et d'ordre public, 102.
 — de pur droit, 104 ss.
 — de preuve en cassation, 276.
 — de preuve devant le juge de renvoi, 316.
 — nouveau devant le juge de renvoi, 316.

Recevabilité des — en cassation, 101 ss.

N

Nature juridique de la cassation, 303.
 Nature matérielle de l'acte attaqué, 219 ss.
 Nature procédurale du jugement attaqué, 213.
 Nullité :
 — absolue des actes juridiques, 31 ss.
 — absolue des jugements, 35.
 Action en —, 50 ss.
 Cause de —, 53.
 Système des —, 168 ss, note 265 p. 165.
 Théorie des —, 31 ss.

O

Objet litigieux, 97, 98, 202 ss.
 Opposition : 27.
 — au jugement par défaut, 25.
 Tierce opposition, 25.
 Ordonnance d'exequatur, 14, 28, 49, 211, 233 note 119.
 Ouvertures à cassation :
 Fausse application de la loi, erreur de droit, 138 ss.
 Excès de pouvoir et incompétence, 155 ss.
 Contrariété de jugements, 161 ss.
 Vice de forme, 164 ss.
 Déni de justice, 175 ss.
 393 al. 2, 177, 178.
 — contre les tribunaux de prud'hommes, 178.
 — contre les tribunaux pénaux statuant sur les conclusions civiles, 179, 180.
 — contre les sentences arbitrales, 179.

P

Partie :
 Notion de —, 234 ss.
 Prise à —, 27.
 Prémption, cf. déchéance, forclusion.
 Personnalité juridique, 45, 46, 238.
 Pièces à joindre au pourvoi, 265, 266 note 37.
 Pourvoi en cassation :
 Adhésion à un —, 278.
 Caractère non dévolutif du —, 95 ss.
 Caractère extraordinaire du —, 138 ss.
 Caractère spécial du —, 95 ss.
 Caractère subsidiaire du —, 186 ss.
 — conditionnel, 271 ss.
 — contre l'acte juridictionnel gracieux, 227 ss, 231 ss.
 — contre les jugements des tribunaux de district, 209.
 — contre les jugements des tribunaux de prud'hommes, 210.

— contre les sentences arbitrales, 208, 211.
 — contre les jugements sur conclusions civiles, 212.
 — contre le jugement interprétatif ou rectificatif, 190 ss.
 — contre le jugement sur renvoi, 318.
 — dans les cantons suisses, 87 ss.
 — dans l'intérêt de la loi, 51, 66, 67, 91, 93, 110, 244.
 Délai de —, 250.
 — en droit allemand, 72 ss.
 — en droit fédéral suisse, 84 ss.
 — en droit français, 64 ss.
 — en droit italien, 71, 72.
 Effets du —, 266.
 Fonction du —, 110 ss.
 Forme du —, 263 ss.
 Frais de —, 320.
 Histoire du —, 57 ss.
 — incident, 270 ss.
 Instruction du —, 274.
 Introduction du —, 259 ss.
 Issue du —, 280.
 Justification du —, 115 ss.
 — par voie de jonction, 270 ss.
 — pour excès de pouvoir, 51, 244.
 Procédure du —, 259 ss.
 Rédaction du —, 263 ss.
 Renonciation au —, 253 ss.
 Retrait du —, 280, 281.

Pouvoir :

— de décision de la Cour de cassation, 108 ss.
 — d'examen de la Cour de cassation, 95 ss, 283 ss.
 — d'instruction de la Cour de cassation, 274 ss.
 — du juge de renvoi, 313 ss.
 — discrétionnaire du juge du fond, 228 ss, 285.
 — de rectification des erreurs non causales, 291, 292.
 — de réformation, 88, 109.

Prescription, 27, 28, 35, 53, 107.

Présomption, 15, 21, 167, 182, 183.

Preuves :

Appréciation arbitraire des —, 176.
 — devant le juge de renvoi, 316.
 — devant la Cour de cassation, 275.

Principe :

— de la contradiction, 21, 269.
 — de l'officialité, 284.
 — de procédure, 21, 43, 44.
 — de la triple instance, 71.
 — des équivalents, 168, 263.
 — du double degré de juridiction, 22, 96.
 — généraux, 145.

R

Rapport juridique d'instance, 198 ss, 200, 202 ss, 259 ss, 306 ss, 316 ss, 324.

Recevabilité :
 Notion de —, 197 ss.
 Conditions objectives de —, 207 ss.
 Conditions subjectives de —, 234 ss.

Recours :
 Acte de —, 51, 200, 201, 263 ss.
 Adhésion à un —, 278.
 Classification des —, 29 ss.
 Concours des —, 186 ss.
 — conditionnel, 271, 272.
 — contre un acte administratif, 18, 230, 231.
 — contre les actes gracieux, 227 ss, 231 ss.
 — contre l'arrêt de la Cour de cassation, 293.
 — contre le jugement rectificatif et interprétatif, 190 ss.
 Définition des —, 26 ss.
 Délai des —, 169, 250.
 — en cassation, cf. pourvoi.
 Histoire des — (cf. histoire).
 Justification des —, 11.
 — par voie de jonction, 270 ss.
 — *per saltum*, 72, 75.
 Recevabilité du —, 197 ss.
 Rédaction du —, 263.
 Renonciation aux —, 253.
 Retrait des —, 280, 281.

Récusation, 277.

Rédaction :
 — du jugement, 167, 168, 170 ss.
 — du pourvoi, 263.

Réformation :
 Voie de —, 30.
 — *in pejus*, 318.

Réforme :
 — en cassation, 277.
 — devant le juge de renvoi, 316.

Renonciation :
 — à se prévaloir du jugement attaqué, 281.
 — aux voies de recours, 253 ss.

Renvoi :
 Autorité de l'arrêt de la Cour de cassation sur le juge de —, 313.
 Compétence du juge de —, 311 ss, 315.
 Déchéance devant le juge de —, 316.
 Demandes nouvelles devant le juge de —, 314.
 Détermination du juge de —, 310.
 Faits et moyens nouveaux en procédure de —, 316.
 Procédure de —, 314.
 Pourvoi contre le jugement sur renvoi, 318.

Réponse de l'intimé, 273.
 Représentation : 260 ss.
 — légale, 260 ss.
 — *ad litem*, 263.
 Rescindant, rescisoire, 109.
 Ressort de la Cour de cassation, 207.
 Responsabilité pour exécution prématurée, 301 ss.
 Responsabilité pour refus d'exécution, 301, 302.
 Restitution après cassation, 300, 301.
 Retrait du recours, 280, 281.
 Revision :
 — en droit allemand, 72 ss.
 Demande de —, 23.

S

Sentence arbitrale, 179, 208, 211.
 Siège du tribunal arbitral, 208.
 Signature :
 — du jugement, 174.
 — du pourvoi, 265.
 Sources du droit, 111 ss.
 Subsidiarité du pourvoi, 186 ss, cf. concours.
 Suppléant, 170, 171.
 Syllogisme judiciaire, 120 ss, 125 ss.
 Système :
 — des nullités, 168, 169, note 265 p. 165.
 — des recours, 20 ss.
 — des recours immédiats et différés, 215.
 — de la cassation totale et de la cassation partielle, 294 ss.

T

Tierce opposition, 25.
 Tiers :
 Droit de recours du —, 204 ss.
 Intervention en cassation du —, 277 ss.

Tribunal :
 — arbitral, 208, 210, 211.
 — cantonal, 208, 209.
 — de cassation, 68.
 — de district, 209, 210.
 — des prud'hommes, 210.

Tribunaux soumis à la Cour de cassation, 207.

U

Usage, 144.

V

Vice de forme, 164 ss.

Violation :

- des conventions, 145.
- de la coutume, 142 ss.
- du droit cantonal, 142.
- du droit dispositif, 146.
- du droit étranger, 148 ss.
- de l'équité, 286.
- de la jurisprudence, 144, 145.
- de la loi, 141.
- des maximes d'expérience, 136.
- d'ordonnances administratives internes, 141.

- des principes généraux, 145.
- des règles de preuve, 177 note 316.
- des traités internationaux et inter-cantonaux, 142.

Voies de recours :

- Classification, 29 ss.
- Concours des —, 186 ss.
- contre un acte administratif, 18 229.
- contre un acte gracieux, 227 ss, 231 ss.
- contre les jugements inexistants, 46.
- Cf. Arrêt de la Cour de cassation, cassation, pourvoi, recours.

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre III : <i>Le développement historique du recours en cassation de la procédure civile neuchâtelaise</i> . . .	76
§ 1. La procédure coutumière et les lois d'organisation judiciaire édictées sous son empire	76
§ 2. Le code de procédure civile de 1878-1882 et la loi de 1882 modifiant l'organisation judiciaire	80
§ 3. Les codes de procédure et les lois d'organisation judiciaire ultérieurs	82
Chapitre IV : <i>Le pourvoi en cassation et le droit suisse</i>	84
§ 1. Le droit fédéral	84
§ 2. Les droits cantonaux	87
§ 3. Conclusions	92
Titre III : LA NATURE DU POURVOI EN CASSATION	95
Chapitre I : <i>Le caractère spécial du pourvoi</i>	95
§ 1. Le pouvoir d'examen de la Cour de cassation	95
§ 2. Le pouvoir de décision de la Cour de cassation	108
§ 3. La distinction du fait et du droit	119
Chapitre II : <i>Le caractère extraordinaire du pourvoi</i>	138
§ 1. L'erreur <i>in iudicando</i> (art. 393 lit. a CPCN)	138
§ 2. Les erreurs <i>in procedendo</i> (art. 393 lit. b et ss CPCN)	155
§ 3. Erreur <i>in iudicando</i> et erreurs <i>in procedendo</i>	180
Chapitre III : <i>Le caractère subsidiaire du pourvoi</i>	186
§ 1. Généralités sur les concours et la subsidiarité des recours	186
§ 2. Coordination du pourvoi en cassation et des autres moyens de droit cantonal	188
§ 3. Coordination du pourvoi en cassation et des moyens de droit fédéral	192
Titre IV : LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DU POURVOI EN CASSATION	197
Chapitre I : <i>Généralités</i>	197
§ 1. Le droit de recours	197
§ 2. Les rapports d'instance	202
Chapitre II : <i>Les conditions objectives de recevabilité</i>	207
§ 1. Les tribunaux soumis à la Cour de cassation	207
§ 2. La nature procédurale des jugements attaquables	213
§ 3. La nature matérielle de l'acte judiciaire attaqué	219

Chapitre III : <i>Les conditions subjectives de recevabilité</i>	234
§ 1. La qualité pour recourir	234
§ 2. L'intérêt	245
Chapitre IV : <i>La déchéance du droit de recours</i>	250
§ 1. Le délai de recours	250
§ 2. La renonciation au droit de recourir	253
Titre V : LA PROCÉDURE DU POURVOI EN CASSATION	259
Chapitre I : <i>L'introduction du recours</i>	259
§ 1. Les conditions générales de validité de l'instance	259
§ 2. Le recourant	263
§ 3. Les effets de l'introduction du recours	266
§ 4. L'intimé	269
Chapitre II : <i>L'instruction du pourvoi</i>	274
§ 1. Principes d'instruction	274
§ 2. Les incidents de la procédure devant la Cour de cassation	276
§ 3. L'issue du pourvoi	280
Titre VI : L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION	283
Chapitre I : <i>Généralités sur l'arrêt de la Cour de cassation</i>	283
§ 1. Les pouvoirs de la Cour de cassation	283
§ 2. Les décisions rendues par la Cour de cassation	290
Chapitre II : <i>L'arrêt de cassation</i>	294
§ 1. Etendue de la cassation	294
§ 2. Effets de la cassation	298
§ 3. Nature juridique de la cassation	303
Chapitre III : <i>Les suites de l'arrêt de cassation</i>	309
§ 1. La cassation avec renvoi	309
§ 2. La cassation sans renvoi	318
§ 3. Les frais	320
CONCLUSIONS	323
Bibliographie	329
Index	335

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
FÉVRIER MIL NEUF CENT
SOIXANTÉ ET UN SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
HENRI JAUNIN S.A., LAUSANNE

