

Rechtslehre Doctrines Dottrina

Le lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis) ou l'essence du procès civil suisse – und ein Plädoyer für eine zivilprozessuale Grammatik

FRANÇOIS BOHNET* ET STEPHEN V. BERTI**

Mots clés: Lien d'instance, droit d'action, grammaire processuelle

Stichworte: Prozessrechtsverhältnis, Rechtsschutzanspruch, zivilprozessuale Grammatik

Parole chiave: Rapporto giuridico di diritto processuale, pretesa di tutela giurisdizionale, grammatica processuale

Résumé

Les auteurs évoquent – chacun à sa manière mais en se fondant sur une conviction commune – les fondements intemporels du droit de procédure civile, y compris certaines constructions dogmatiques partiellement tombées en désuétude, qui peuvent encore présenter une utilité. Il suggèrent aussi la mise en place d'une grammaire procédurale cohérente.

Zusammenfassung

Die Autoren regen – jeder auf seine Weise aber aus einer gemeinsamen Überzeugung heraus – eine Besinnung auf die «zeitlosen» Grundlagen des Zivilprozessrechts an, einschliesslich teilweise in Vergessenheit geratener dogmatischer Figuren, die nach wie vor in der forensischen Praxis gute Dienste leisten können. Zum Schluss wird die Entwerfung einer zivilprozessualen Grammatik in Aussicht gestellt.

Riassunto

Gli autori – ciascuno con le proprie particolarità ma uniti da un convincimento comune – stimolano una riflessione sui fondamenti «senza tempo» del diritto processuale, in particolare su quelle figure dogmatiche in parte dimenticate, ma che ieri come oggi possono invece offrire un prezioso servizio in procedura. Infine, sono proposti i contorni di una grammatica processuale.

* D^r en droit, LL.M., Avocat, Professeur à l'Université de Neuchâtel. Editeur scientifique de cette revue.

** Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius an der Universität Luzern und Titularprofessor an der Universität Fribourg, nebenamtlicher Bundesrichter. Herausgeber dieser Zeitschrift.

Lorsqu'en Suisse on parle de procédure civile, on parle avant tout de processus. Sous un angle historique, lorsque l'on évoque le long chemin qu'il aura fallu suivre, pas à pas, pour enfin aboutir, cent ans après l'adoption du Code civil suisse et du Code (révisé) des obligations, à ce fameux code visant à permettre la consécration du droit privé fédéral. Sous un angle théorique également, lorsque l'on décrit le procès comme la succession d'actes aboutissant au prononcé sanctionnant les droits prétendus.

Cette approche, elle-même imagée et parfois concrétisée par la succession inlassable de nouveaux commentaires sur le CPC depuis bientôt une année, ne doit pas faire oublier l'essentiel: seule la maîtrise des concepts pensés et élaborés par les chercheurs qui nous ont précédés permet de donner un sens à cet édifice qu'est le procès civil. Une démarche purement descriptive – tant sur le plan historique, quand elle se limite à dresser la liste des étapes de l'unification, que sur celui de l'examen du nouveau code, lorsque qu'elle ne fait que d'exposer les phases du procès – permet peut-être au praticien d'avancer dans le procès, mais en aucun cas de saisir la nature et la réelle portée des droits et des obligations des parties au procès.

On nous rétorquera peut-être qu'en matière de procédure civile, la conception suisse se veut par tradition simple et pragmatique¹. Mais simplicité ne veut pas dire pauvreté des concepts. La simplicité s'oppose aux théories qui compliquent inutilement la compréhension d'un sujet. Tel n'est pas le cas des réflexions sur l'essence même du procès et des liens qu'il crée entre les parties qui s'y opposent.

Le Code de procédure civile suisse est rédigé simplement: ses dispositions sont brèves et font souvent appel à des notions connues dans les cantons et qui ont généralement fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. On peut certes lui reprocher de se contenter d'esquisser bien des mécanismes procéduraux, mais il en résulte un avantage non négligeable: en se concentrant sur l'armature du procès, le CPC en fait ressortir les points saillants.

Ainsi, le *principe de la bonne foi* figure en tête des principes de procédure inscrits aux articles 52 à 58: «Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi». Le message se contente sur ce point de relever que «Le comportement conforme aux règles de la bonne foi est un principe fondamental de l'ordre juridique suisse (art. 2, al. 1, CC). Il s'applique également en matière de procédure civile». Ce principe était déjà reconnu sous l'empire du droit cantonal, les règles de la bonne foi inscrites à l'art. 2 CC pour le droit civil représentant des règles générales de comportement s'imposant également dans le domaine de la procédure en vertu du droit cantonal écrit ou coutumier, droit cantonal qui s'est encore développé sur la base du principe inscrit à l'art. 2 CC, qui représente «une règle fondamentale issue de considérations d'ordre éthique et qui s'ajoute aux règles relatives aux différents rapports de droit particuliers pour les compléter et contribuer à leur application»².

1 Comp. ATF 120 II 112 consid. 3c, JdT 1995 I 202: «le droit suisse table sur des états de fait clairs, faciles à constater».

2 ATF 83 II 345 consid. 2, JdT 1958 I 194.

Depuis lors, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la raison pour laquelle les parties doivent se comporter en procédure selon les règles de la bonne foi: le principe de la bonne foi en procédure trouve sa source dans le lien juridique dénommé *lien d'instance (Prozessrechtsverhältnis)* créé entre les parties et entre celles-ci et le juge au dépôt d'une demande en justice ou d'une requête en conciliation. C'est de ce lien, qui résulte de la litispendance, que naissent les divers droits et obligations des parties au procès, en particulier le devoir de se comporter de bonne foi (art. 52 CPC)³.

Le Tribunal fédéral emprunte ce concept à la doctrine allemande du dernier tiers du XIX^e siècle. On lui doit en effet l'analyse du procès en tant que rapport juridique. C'est OSCAR BÜLOW⁴ qui pose les premières pierres de l'édifice. En quatre pages, le jeune professeur de droit romain et de procédure civile, alors âgé de 31 ans, fixe les grands principes: le procès n'est pas un simple processus, mais bien plus un rapport juridique – les romains l'avaient déjà compris –, dont les parties au procès tirent leurs droits et leurs obligations. BÜLOW examine ensuite sous quelles conditions le procès peut débiter sur le fond⁵. ADOLF WACH⁶, qui s'intéresse également au *Prozessrechtsverhältnis*, montrera que celui-ci est initié dès que le tribunal est saisi d'une demande⁷, la question du droit à l'examen de la prétention se posant ensuite. Bien des auteurs de cette période vont se pencher sur la question⁸. Le concept fait aussi son chemin en Italie, où GIUSEPPE CHIOVENDA, chef de proue de la *scuola sistematica*, le place au centre de toute son analyse du procès civil⁹. En Suisse, la notion demeure peu analysée¹⁰, à n'en pas douter en raison de son peu d'impact sous un angle strictement pratique¹¹.

Au concept de *Prozessrechtsverhältnis* est intimement lié celui de *Klagerecht* ou *Rechtsschutzanspruch*, développé par la doctrine allemande de la même période¹²,

3 TF du 21.12.2007, RSPC 2008, p. 140; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87; 115 Ia 12 consid. 3, JdT 1991 I 105, et les réf.

4 OSCAR BÜLOW, *Die Lehre der Prozesseinreden und der Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, p. 1–4.

5 BÜLOW (note 4), p. 5 ss. L'auteur parle de *Prozessvoraussetzung*, expression qui deviendra courante ensuite, même si elle n'est pas adéquate selon l'approche contemporaine: le respect des «*Prozessvoraussetzungen*» n'est pas une condition du procès, mais uniquement de l'entrée en matière sur le fond.

6 ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1. [et unique] Band, Leipzig 1885, p. 34–39.

7 Voir WACH (note 6), p. 37 ss.

8 JOSEF KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888; JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, 2^e éd Berlin 1925 (Reprint Aalen [Scientia Verlag], 1986).

9 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., Naples 1923, p. 83–100.

10 Pour quelques réflexions sur ce thème en Suisse, voir WALTHER J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève 1981, p. 6–9.

11 On arrive désormais au même constat en Allemagne: voir OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29^e éd., Munich 2007, p. 117.

12 WACH (note 6), p. 19–24; KONRAD HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Jena 1900, § 22, p. 145–153.

et que la doctrine française appellera peu après l'action¹³, pour parvenir en 1975 à la définition de l'article 30 CPC fr: «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention». En d'autres termes, l'action c'est le droit d'obtenir du juge qu'il tranche au fond un litige, c'est le *droit prétendu digne de protection*¹⁴. Le concept d'action a également été examiné en profondeur par la doctrine italienne dès le début du XX^e siècle¹⁵. Il est désormais incontesté dans ce pays¹⁶. De manière surprenante, alors qu'il tire parti du *Prozessrechtsverhältnis* dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a rejeté, après s'y être référé peu auparavant¹⁷, la théorie de la *Rechtsschutzanspruch*, parce que trop complexe¹⁸. L'analyse de l'époque était à vrai dire hors sujet¹⁹, et la jurisprudence prononcée depuis lors sur l'intérêt à agir démontre qu'en réalité le Tribunal fédéral distingue clairement le droit substantiel de son invocation en justice²⁰.

Le lien d'instance, créé par la litispendance, ne signifie pas encore que le juge devra examiner, au fond, la prétention soulevée devant lui. Le *Prozessrechtsverhältnis* implique qu'une prétention soit soulevée en justice²¹, mais non l'existence du droit d'action, et encore moins l'existence du droit prétendu. Le juge devra vérifier que la demande est valable formellement (compétence, formalité, préalable de conciliation, etc.²²) et que la prétention est digne de protection selon l'ordre juri-

13 ERNEST DÉSIRÉ GLASSON et ALBERT TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome premier, Paris 1925, p. 575.

14 MAX KUMMER, *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Berne 1954, p. 18; FRANÇOIS BOHNET, *Les défenses en procédure civile suisse*, RDS 2009 II 202 ss.

15 GIUSEPPE CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, de 1903, reproduit in: *Saggi di diritto processuale civile (1900–1930)*, vol. I, Rome 1930, p. 3–99; *Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., Naples 1923, p. 43–58; PIERO CALAMANDREI, *Diritto Processuale civile, Parte Prima*, 2^e éd., Padoue 1943, p. 94–155; *Studi sul processo civile*, vol. V, Padoue 1947, *La relatività del concetto d'azione*, p. 1–26.

16 CLAUDIO CONSOLO et FRANCESCO P. LUISSO (éd.), *Codice di procedura civile commentato*, 3^e éd., Milano-Fiori 2007, N° 1 ad art. 99 CPC; SALVATORE SATTA et CARMINE PUNZI, *Diritto processuale Civile*, 11^e éd., Milan 1992, p. 141–147, 142 s.: «Su questa «autonomia dell'azione» regna universale l'accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica».

17 ATF 65 II 133, 139 consid. 1b, JdT 1939 I 98.

18 ATF 67 II 70 consid. 2, JdT 1941 I 439 repris sans développements par l'ATF 118 II 479 consid. 2e–g, JdT 1994 I 120.

19 Voir STEPHEN V. BERTI, *Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung*, *Zeitschriften und «doktrinäre Entspannung» – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch*, SZP 2005, p. 69 ss.

20 ATF 110 II 352 consid. 3a, JdT 1985 I 359. Dans ce sens également FRANCESCO TREZZINI, *Celerità e lentezza della giustizia civile di primo grado con riferimento al nuovo diritto processuale civile svizzero*, (thèse Université de Lucerne), Zurich 2010 3 ss.

21 Dans ce sens, la demande compréhensible en la forme est la seule «echte Prozessvoraussetzung», voir STEPHEN V. BERTI *Prozessentstehungs- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung*, in: Monique Jametti Greiner, Bernhard Berger et Andreas Güngerich (éd.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Berne 2005, p. 258, 262; FRANCESCO TREZZINI, in Cocchi/Trezzini/Bernasconi, *Commentario CPC*, Lugano 2011, 168.

22 Pour des développements: FRANÇOIS BOHNET (note 14), RDS 2009 II 229 ss.

dique, avant d'entrer en matière. Ainsi, à défaut d'action, la demande sera jugée irrecevable, au terme d'un examen portant sur les conditions d'entrée en matière sur le fond.

Le CPC exprime le principe sans ambigüité à son article 59, en faisant de l'intérêt digne de protection la première condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. a CPC). Comment mieux exprimer le fait que l'action et le droit ne font pas un: alors même qu'un droit existe, la demande peut être déclarée irrecevable, faute d'intérêt. Ainsi de la prétention invoquée alors qu'elle n'est pas disputée. Le Code prévoit de plus expressément, en accord avec la jurisprudence²³, la possibilité de requérir du juge qu'il constate *l'inexistence d'un droit* ou d'un rapport de droit (art. 88 CPC). C'est qu'il admet implicitement que l'action n'est pas que le bras actif du droit subjectif invoqué²⁴. L'action vit pour elle-même dès l'instant où l'on reconnaît un intérêt digne de protection à celui qui l'exerce.

Probablement sans que ses auteurs ne s'en soient aperçus, le CPC applique les leçons de BÜLOW et de ses successeurs de la fin du XIX^e siècle. Le procès n'est pas qu'un simple processus: il constitue un rapport de droit entre les parties et entre celles-ci et le juge et il implique un comportement conforme aux règles de la bonne foi (art. 52). Au régime des exceptions de procédure hérité du droit coutumier et qui marquait encore plusieurs cantons suisses, fait place celui des conditions de recevabilité (art. 59), dont le juge doit procéder à l'examen d'office (art. 60). Son contrôle porte tant sur les conditions formelles de recevabilité (compétence; forme; préalable de conciliation; litispendance) que sur les conditions relatives à l'action (intérêt, qualité pour agir, délai pour agir, autorité de la chose jugée).

*

Die bisherigen Reflexionen, denen der ZWEITAUTOR dieser Zeilen sich vorbehaltlos anschliesst, führt zur Frage, wie die «Praxis» von der «Wissenschaft» für eine nutzbringende dogmatische Begleitung sensibilisiert werden kann, ohne dass diese von der Praxis vorschnell, unreflektiert und allzu leicht als «theoretisch» abgetan wird.

Empfänglich für eine Antwort wird nur die Praktikerin sein können, die weiss (oder zumindest spürt), dass theoretische Ausführungen Früchte von Bemühungen «Priviligerter»²⁵ sind, welche die Zeit haben oder sich nehmen, desinteressierte (also von konkreten Einzelfallinteressen *losgelöste*) Überlegungen zum methodischen Handwerk des Zivilverfahrensrechts anzustellen.

Im Interesse der Sache sei wieder die Bekenntnis abgelegt, zwischen desinteressierten Überlegungen zum methodischen Handwerk des Zivilverfahrensrechts und der Arbeit an einem konkreten praktischen «Fall» bestehe keine Inkompatibilität, sondern eher die Wahrscheinlichkeit einer Befruchtung. Da aber alles pressiert,

²³ Par exemple, ATF 120 II 20 consid. 3b, JdT 1995 I 130.

²⁴ Dans ce sens déjà: MAX KUMMER, op. cit., p. 13.

²⁵ Das sind eben die wissenschaftlich Tätigen – die bisweilen *auch* (oder gar *vorwiegend*) praktisch tätig sind.

muss der wissenschaftliche Beitrag anschlussfähig erfolgen. Es braucht dafür eine *zivilprozessuale Grammatik*.

Eine solche Grammatik könnte auf die Grundfiguren des Rechtsschutzanspruches und des Prozessrechtsverhältnisses aufbauen. Sie würde sinnvollerweise ergänzt durch einen Corpus²⁶ stringent definierter prozessualer Grundbegriffe. Jedenfalls unterstünde sie dem Grundsatz *peccatum est fieri per plura, quod potest fieri per pauciora*.²⁷ *Affaire à suivre...*

26 Für einen solchen – in Form eines Glossariums – vgl. (im Anhang) STEPHEN V. BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, [in Vorbereitung].

27 Dieser im lateinischen Mittelalter besonders beliebte und dort auch als «Ockham's Razor» bekannte Grundsatz soll auf ARISTOTELES zurückzuführen sein: vgl. HARALD BERGER, Einleitung zu: Albert von Sachsen, Logik, Hamburg 2010, XXXVIII und sodann im Haupttext 240 Zeile 16.