La violation du droit fédéral dans le recours en réforme

Autor(en): **Wurzburger, Alain**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **94 (1975)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896234

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

ALAIN WURZBURGER

La violation du droit fédéral dans le recours en réforme

I. Introduction

1. Le recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 43 ss OJ) est la principale voie de droit par laquelle notre Cour suprême veille à l'application uniforme du droit privé fédéral. Diverses conditions doivent bien évidemment être réunies pour que ce recours soit ouvert[1]. Certaines de ces conditions sont inhérentes à la nature même de ce moyen. Ainsi, le recours en réforme n'est recevable que dans les contestations *civiles* (art. 44 OJ), par opposition aux causes qui appellent l'application du droit public. D'autres conditions sont posées pour limiter le nombre des recours, afin d'éviter une surcharge du Tribunal fédéral. Sous réserve des cas prévus à l'art. 45 OJ, le recours n'est recevable dans les contestations civiles portant sur des droits de nature pécuniaire que si la valeur litigieuse atteint fr. 8000.–. D'autre part, et exception faite des cas prévus aux art. 49 et 50 OJ, le recours n'est admissible qu'à l'encontre des décisions cantonales finales (art. 48 OJ). Enfin, pour assurer la clarté et la régularité de la procédure devant le Tribunal fédéral, les actes de recours doivent respecter certaines prescriptions de forme (art. 55 OJ).

L'application de ces règles n'est certes pas toujours aisée. Cependant, d'une manière générale, elles n'ont pas fait l'objet de critiques fondamentales, mis à part l'exigence de la valeur litigieuse. En effet, dans certains domaines et en particulier en matière de contrat de travail, les litiges atteignant fr. 8000.– sont relativement

[1] Voir les ouvrages de BIRCHMEIER, p. 71 ss, WEISS et WURZBURGER, cités dans la bibliographie (ci-dessous, p. 128).

peu nombreux, ce qui fait obstacle à la formation d'une jurisprudence fédérale. Des propositions ont été présentées, tendant à instaurer un droit de recours spécial dans quelques cas particuliers[2].

2. L'art. 43 OJ et son application ont en revanche suscité des problèmes beaucoup plus délicats. Cette disposition énonce en réalité deux principes.

En premier lieu, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de l'autorité cantonale, sauf violation de règles fédérales en matière de preuve. Il peut néanmoins redresser les inadvertances manifestes de la juridiction cantonale (art. 55 al. 1 litt. d et 63 al. 2 OJ). Il convient également de rappeler les pouvoirs spéciaux du Tribunal fédéral lorsque les constatations de fait sont incomplètes (art. 64 al. 2 OJ), ainsi que dans les procès relatifs aux brevets (art. 67 OJ). Comme son nom l'indique déjà, le recours en réforme est une «revisio in jure» et non un appel. A notre avis, il serait du reste contraire au mode de répartition des compétences entre Confédération et cantons que de transformer le recours en réforme en un véritable appel. En effet, selon l'art. 114 Cst., le Tribunal fédéral doit ici assurer l'application uniforme des lois prévues à l'art. 64 Cst., dont le troisième alinéa précise que «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé»[3].

En second lieu, le Tribunal fédéral, comme juridiction de réforme, ne revoit que la violation du droit fédéral, le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels étant réservé. Sous cet énoncé apparemment simple, cette règle a amené le Tribunal fédéral et la doctrine à se pencher sur de nombreux problèmes, extrêmement délicats. Il est du reste paradoxal de constater que par

[2] Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, vol. VI, p. 447.

[3] WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern, 1931, p. 793; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 306. *Contra:* F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, p. 833 n. 4, pour qui l'art. 114 Cst. permettrait de donner au Tribunal fédéral la compétence de revoir les faits.

le biais de l'application d'une règle de procédure, l'art. 43 OJ, notre Cour suprême a également tranché des questions de fond souvent essentielles. Quoi qu'il en soit, sur ce point, le Tribunal fédéral a rendu d'innombrables arrêts, et la doctrine qui a traité de l'art. 43 OJ à un point de vue ou à un autre est considérable. Il est donc exclu de prendre position ici sur tous les problèmes soulevés par la jurisprudence et les auteurs: une liste complète des arrêts et des contributions en cause suffirait presque à remplir notre étude. Relevons que certains aspects de la notion de violation du droit fédéral ont fait l'objet d'études approfondies, il y a une dizaine d'années[4]. Notre but tendra avant tout à montrer les grandes lignes de la jurisprudence et à porter une appréciation générale, tout en mettant en évidence les questions les plus controversées[5].

3. Par opposition au droit fédéral, l'application du droit cantonal et du droit étranger échappe au pouvoir de révision de notre Cour suprême, sauf dans le cas particulier de l'art. 65 OJ: «Si l'affaire appelle l'application non seulement de lois fédérales, mais encore de lois cantonales dont il n'a pas été tenu compte dans la décision attaquée, le tribunal peut appliquer lui-même le droit cantonal ou étranger ou renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale.»

Il nous paraît primordial de mettre en évidence les motifs pour lesquels la compétence du Tribunal fédéral est limitée à l'examen du droit fédéral, car ceux-ci ne sont pas identiques dans tous les cas. Ce point est en effet susceptible de jouer un rôle lorsqu'il s'agira d'apprécier certaines questions controversées ou des propositions de modification de l'art. 43 OJ.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, le législateur a institué le recours en réforme pour assurer, conformément à l'art. 114 Cst., l'application uniforme du droit privé fédéral édicté sur la base de l'art. 64 Cst. Certes, le contrôle ainsi exercé par le Tribunal fédéral renforce les garanties d'une bonne administration

[4] Voir les ouvrages de GULDENER, Bundesprivatrecht, VOYAME et GENTINETTA, cités dans la bibliographie (ci-dessous, p. 128).

[5] Pour ne pas surcharger les notes, nous donnerons les références principales, renvoyant le lecteur aux monographies mentionnées dans la bibliographie quant aux points trop particuliers.

de la justice, mais en quelque sorte par contrecoup, car le but recherché ne consiste pas à donner au justiciable un droit de recours supplémentaire, soit la garantie d'une juridiction indépendante de celle des autorités cantonales[6]. Dans cette perspective, le contrôle du droit cantonal ou du droit étranger ne rentre pas dans le cadre des tâches «ordinaires» du Tribunal fédéral en matière civile.

Cependant, l'art. 114 Cst. permet au législateur de «placer d'autres affaires dans la compétence du Tribunal fédéral» que celles appelant l'application du droit privé fédéral. A cet égard, il convient d'opérer certaines distinctions.

S'agissant du *droit cantonal,* il serait exclu d'ouvrir le recours en réforme dans les contestations de *droit public cantonal.* La nature même de cette voie de droit purement civile s'y oppose. Dans les affaires à juger selon le *droit privé cantonal,* aucun obstacle de ce genre ni un autre motif d'ordre constitutionnel n'empêcherait d'ouvrir le recours en réforme. Nous n'en voyons cependant pas la nécessité. Dans la mesure où le législateur fédéral, édictant les lois civiles prévues à l'art. 64 Cst., a jugé opportun de laisser la place à une réglementation cantonale, il a renoncé à l'unification et point n'est besoin d'assurer l'application uniforme de règles laissées à la diversité cantonale. Quant aux *règles cantonales de procédure,* nous estimons que le législateur fédéral ne saurait ouvrir la voie du recours en réforme contre leur violation pour une raison d'ordre constitutionnel. En effet, l'art. 114 Cst. doit s'interpréter en relation avec l'art. 64 al. 3 Cst., qui laisse aux cantons le soin de réglementer l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice. Il serait contraire à cette dernière disposition que le Tribunal fédéral revoie dans le cadre d'un recours civil ordinaire la manière dont les cantons entendent appliquer leur réglementation en la matière[7]. Certes, la compétence cantonale n'est reconnue que

[6] Message du Conseil fédéral concernant le projet d'une nouvelle loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 5 avril 1892, FF 1892 II, p. 128. PAUL SPEISER, Verfahren vor Bundesgericht im Anschluß an die kantonale Zivilrechtspflege, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1882, p. 25; SCHURTER/FRITZSCHE, p. 306 (avec une opinion cependant différente p. 300/301); FLEINER/GIACOMETTI, p. 107 et 836. Plus nuancé EVÉQUOZ, Bull. stén. CE 1943, p. 91.

[7] Les rapports entre les art. 64 et 114 Cst. ne sont cependant pas simples. MARCEL

«dans la même mesure que par le passé». Nous reviendrons sur ces termes, par lesquels on entendait laisser à certaines conditions la possibilité pour le droit fédéral d'«empiéter» sur le droit cantonal[8]. Indiquons d'emblée qu'à notre avis, même sous cet angle, il ne se justifierait pas d'ouvrir le recours en réforme dans cette hypothèse[9].

S'agissant du *droit étranger,* l'art. 64 al. 3 Cst. n'entre pas en considération. Dès lors, sans qu'une modification constitutionnelle n'intervienne, rien n'empêcherait le législateur fédéral d'ouvrir le recours en réforme contre les décisions cantonales rendues en application du droit étranger, l'art. 114 Cst. fournissant la base nécessaire.

En résumé, il existe deux cas principaux où il ne s'agit pas de violation du droit fédéral. D'une part, le recours en réforme n'est pas recevable pour faire valoir la violation de règles cantonales de procédure, pour des raisons d'ordre constitutionnel touchant à la répartition des compétences entre Confédération et cantons. D'autre part, pour des motifs d'opportunité et de conception du rôle de la juridiction de réforme, le grief de violation du droit étranger ne peut être porté devant le Tribunal fédéral. Cependant, sans changement constitutionnel, l'art. 43 OJ pourrait être modifié sur ce point.

4. Par la suite, nous nous attacherons essentiellement à distin-

BRIDEL, Précis de droit constitutionnel et public suisse, Lausanne 1965, vol. I, p. 186 n. 1, y voit même une contradiction. Sur le recours de droit public en matière d'application des règles cantonales de procédure: cf. n° 30 ci-dessous. L'arrêt RO 96 I 193, JT 1971 I 478, nous paraît erroné dans la mesure où le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme, en arrive à revoir un point de procédure cantonale dans le cadre de la rectification d'une erreur manifeste sur les faits, pour simplifier les voies de recours et éviter en pareil cas le dépôt d'un recours de droit public. Mais, avec cette jurisprudence, s'il s'agit d'une question de procédure cantonale, les parties doivent choisir le recours en réforme lorsque la constatation de fait ayant entraîné une mauvaise application du droit cantonal est manifestement erronée et le recours de droit public dans les autres cas. Il serait plus simple d'admettre que la correction d'erreurs touchant à la procédure cantonale ne peut s'effectuer que par le recours de droit public.

[8] Voir n° 10 ci-dessous.

[9] Voir aussi n° 30 ci-dessous.

guer le droit cantonal et le droit étranger du droit fédéral, renvoyant aux ouvrages généraux quant aux autres problèmes d'interprétation que suscite l'art. 43 OJ[10]. Si nous voulons néanmoins définir positivement et brièvement la notion de droit fédéral, il convient de rappeler que celui-ci comprend tout principe consacré expressément par une prescription fédérale ou découlant implicitement de ses dispositions, selon l'interprétation donnée par la jurisprudence. Appartiennent notamment au droit fédéral, au sens de l'art. 43 OJ, la Constitution, mis à part les droits constitutionnels des citoyens, les lois fédérales, y compris les traités internationaux conclus par la Confédération, les arrêtés fédéraux, les ordonnances du Conseil fédéral. Rentrent également dans cette catégorie le droit international privé suisse de même que les règles fédérales de for[11]. En revanche, les concordats intercantonaux appartiennent au droit cantonal[12].

Les principales éventualités dans lesquelles le droit fédéral est *violé* sont les suivantes[13]: le droit cantonal ou étranger a été appliqué alors que le litige aurait dû être tranché selon le droit fédéral; inversément, le droit fédéral a été appliqué à tort, en lieu et place du droit cantonal ou étranger déterminant; enfin, le droit fédéral était applicable et a été effectivement appliqué par l'autorité cantonale, mais de manière inexacte[14]. Notons déjà que le Tribunal fédéral refuse d'examiner, à tort selon nous, lequel de deux droits étrangers entrant en considération est applicable dans un cas déterminé[15].

5. Sur le plan pratique, le problème dont nous étudions ici quelques aspects fondamentaux présente un intérêt évident. En effet, seule la violation du droit fédéral permet de saisir le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme, les autres conditions posées par les art. 43 ss OJ étant par ailleurs bien entendu remplies.

[10] Cf. BIRCHMEIER, p. 71 ss; WEISS, p. 12 ss, 168 ss, 289 ss; GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 561 ss.

[11] BIRCHMEIER, p. 76 ss; WEISS, p. 20 ss; KUMMER, Grundriß, p. 192.

[12] RO 34 II 18. BIRCHMEIER, p. 80.

[13] Cf. aussi n°s 28 et 29 ci-dessous.

[14] BIRCHMEIER, p. 87 ss; WEISS, p. 289 ss et 304; KUMMER, Grundriß, p. 192.

[15] Cf. n° 34 ci-dessous.

En revanche, lorsqu'une partie invoque la violation du droit cantonal ou étranger, le recours en réforme est irrecevable; dans les causes où les autres conditions de recevabilité sont réunies, ce grief doit alors faire l'objet d'un recours de droit public (art. 4 Cst.).

II. La violation du droit cantonal

A. Le droit privé cantonal

6. Le droit fédéral laisse place dans bien des domaines, quoique très souvent sur des points secondaires, à une législation cantonale de droit privé[16]. Lorsque ce droit cantonal est en cause, le recours en réforme est irrecevable. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le dire à plusieurs reprises, sans que la distinction entre droit fédéral et cantonal ne pose à cet égard des questions particulièrement délicates.

Ainsi, les litiges relatifs aux sociétés d'allmends, d'alpages et autres semblables, y compris ceux tenant à la qualité de membre de ces corporations, sont régis par le droit cantonal, conformément à l'art. 59 al. 3 CC[17]. De même, lorsque la validité d'un acte d'intercession de la femme envers le mari est contestée, la question de la composition de l'autorité tutélaire compétente pour donner son approbation selon l'art. 177 al. 3 CC est résolue selon le droit cantonal[18]. En revanche, le litige entre héritiers et exécuteur testamentaire concernant ses honoraires appelle l'application du droit fédéral, alors même que l'exécuteur serait un avocat[19]. Plus importantes sont les règles de droit privé que les cantons peuvent établir en matière de constructions vu l'art. 686 CC. Certes, il n'est souvent guère facile de déterminer si le droit cantonal a créé une réglementation de droit privé, de droit public ou des règles de droit mixte, dont l'existence est en général reconnue par la doctrine et la jurispru-

[16] JAGMETTI, Kantonales Privatrecht, p. 239 ss.
[17] RO 83 II 353; RO 55 II 331, JT 1930 I 250.
[18] RO 59 II 28, JT 1933 I 450.
[19] RO 78 II 123, JT 1953 I 9.

dence[20]. Quoi qu'il en soit, il n'est pas possible de faire valoir la violation de telles règles cantonales, notamment de droit privé, par la voie du recours en réforme[21]. La forme des actes authentiques prévus par le Code civil est régie par le droit cantonal, sous réserve de certaines exigences minimales imposées par le droit fédéral[22]. De même, lorsqu'un contrat est attaqué pour violation des règles cantonales fixant le taux maximum de l'intérêt, le recours en réforme est irrecevable[23].

7. Si l'on essaie de préciser de manière plus générale le champ d'application réciproque du droit privé fédéral et cantonal, il convient de ne pas oublier que seul le droit fédéral est déterminant lorsqu'il s'agit de fixer le contenu et l'étendue des réserves de ce dernier en faveur du droit cantonal[24]. A notre avis, mais cette opinion pourrait être contestée au vu de l'art. 43 al. 1 seconde phrase OJ, le recours en réforme est ouvert pour faire valoir que, dans un litige donné, l'application du droit cantonal viole le droit fédéral, en ce sens que la réglementation cantonale va au-delà de la compétence que lui laisse le droit fédéral. Il s'agit en effet d'un cas particulier d'application du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral, alors même que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral a été élevé par la jurisprudence au rang de droit constitutionnel du citoyen[25].

Pour reprendre les termes d'AUBERT[26], on peut distinguer trois sortes de délégations législatives de la Confédération aux cantons,

[20] ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, vol. IV, I/3, fasc. 2 (1973), rem. 16 ss ad art. 685/6; WURZBURGER, note in JT 1971 I, p. 189.

[21] RO 98 Ia 116, JT 1974 I 314; RO 56 II 22, JT 1930 I 305; RO 47 II 109; RO 42 II 446, JT 1918 I 34.

[22] RO 95 II 277, JT 1965 I 236; RO 59 II 8, JT 1933 I 338; RO 57 II 148, JT 1931 I 454; RO 51 II 351, JT 1926 I 15; RO 46 II 233, JT 1921 I 8. Cf. aussi RO 73 I 370, JT 1948 I 344.

[23] RO 54 II 150, JT 1929 I 24.

[24] JAGMETTI, Kantonales Privatrecht, p. 249.

[25] BIRCHMEIER, p. 86, litt. a; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, t. I, p. 254 n° 667. Cf. aussi RO 70 II 221, JT 1945 I 199.

[26] «L'art de légiférer», Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, RDS 1974, vol. 93, t. II, p. 221.

sous forme de rétrocession de compétences. Parfois, le législateur fédéral dit que les législateurs cantonaux pourront ou devront compléter le droit fédéral (art. 686 et 688 CC); ou bien, il donne au législateur cantonal la faculté de modifier le droit fédéral (art. 472 CC). Dans ces deux cas, en utilisant la délégation, le législateur cantonal crée du droit cantonal. En revanche, dans la troisième hypothèse, le législateur fédéral laisse au législateur cantonal le soin de mettre en vigueur, s'il lui plaît, le droit fédéral: la décision cantonale ne modifie alors pas le caractère fédéral au sens de l'art. 43 OJ, des dispositions qu'elle rend applicables. Dans cette perspective par exemple, les conventions collectives de travail qui font l'objet d'une décision d'extension renferment également pour les personnes qui ne sont pas liées par la convention du droit privé fédéral, que l'extension soit prononcée par le Conseil fédéral ou par l'autorité cantonale[27].

B. Le droit public cantonal

8. Le recours en réforme n'est recevable que dans les contestations *«civiles»* (art. 44 OJ). Au sens de cette disposition, les litiges civils sont ceux qui doivent être tranchés en application du droit privé, par opposition au droit public. La loi d'organisation judiciaire fédérale se rattache sur ce point à l'une des divisions fondamentales de notre système juridique. Notre propos n'est pas d'étudier ici les critères utilisés par la doctrine et la jurisprudence pour distinguer le droit public du droit privé dans le cadre déterminé de l'art. 44 OJ[28]. Nous voulons simplement attirer l'attention sur un aspect particulier de cette question.

Lorsqu'une cause doit être jugée selon le droit public fédéral, c'est avant tout l'art. 44 OJ qui rend le recours en réforme irrecevable, et non l'art. 43 OJ. Dans les contestations régies par le droit

[27] RO 98 II 207, JT 1974 I 255.

[28] WURZBURGER, p. 56 ss et note in JT 1971 I, p. 186; KURT RAMSTEIN, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern, Winterthur 1959, p. 47 ss.

public cantonal, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière le plus souvent selon l'art. 44 OJ également. Toutefois, il lui arrive aussi d'examiner la question sous l'angle de l'application du droit cantonal, par opposition au droit fédéral, ce qui entraîne l'irrecevabilité du recours sur la base de l'art. 43 OJ. Nous ne voulons pas étudier systématiquement ces cas, dont l'analyse ressort plutôt à l'étude de l'art. 44 OJ. A titre d'exemple, mentionnons certains litiges à propos de choses sans maître ou de biens du domaine public, régis en principe par le droit cantonal, ce qui n'exclut cependant pas toute application du droit fédéral[29]. De même, en matière de responsabilité des cantons et des communes fondée sur le droit public, le Tribunal fédéral a constaté assez fréquemment que l'application du droit cantonal entraînait l'irrecevabilité du recours[30].

C. La procédure cantonale

a) Remarques préliminaires

9. Comme chacun le sait, l'art. 64 Cst. laisse la procédure aux cantons «dans la même mesure que par le passé», alors que le droit privé rentre dans la compétence de la Confédération. Procédure et droit matériel ayant de nombreux points de contact, les distinguer n'est pas toujours aisé. Le Tribunal fédéral s'y est employé puisque, selon l'art. 43 OJ, sa tâche fondamentale est de contrôler l'application du droit fédéral, alors qu'il ne peut revoir la violation des règles cantonales de procédure. Ce problème a fait l'objet de nombreuses études et, en particulier, en 1961, de deux rapports de GULDENER et VOYAME à la Société suisse des juristes[31]. Avec un

[29] RO 89 II 294, JT 1964 I 338; RO 83 II 542, JT 1958 I 515; RO 81 II 270, JT 1956 I 133; RO 63 II 296, JT 1938 I 171.

[30] RO 79 II 72 cons. 5; RO 71 II 226, JT 1946 I 154; RO 65 II 40; RO 54 II 372, JT 1929 I 233; RO 48 II 417, JT 1923 I 313. Cf. aussi: RO 68 II 41, JT 1942 I 371; RO 55 II 209, JT 1930 I 137.

[31] GULDENER, Bundesprivatrecht, spéc. p. 6, 20 ss; VOYAME, spéc. p. 76 ss, 84 ss. Cf. aussi GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 56 ss; EICHENBERGER, p. 467 ss; RAPPORT sur le projet d'harmonisation, p. 994 ss; DIDISHEIM, spéc. p. 200 ss.

recul d'une quinzaine d'années, il est donc intéressant de voir dans quelle mesure les suggestions de ces auteurs ont influencé la jurisprudence, d'autant plus que les partisans de l'unification de la procédure n'ont pas désarmé depuis lors.

10. En fait, le droit fédéral a une action certaine sur la procédure cantonale, qu'elle contient dans des limites données. A ce propos, on parle volontiers et commodément des «empiétements» du droit fédéral sur le droit cantonal, sans toujours bien distinguer deux situations qui, à notre avis, doivent être nettement séparées.

En premier lieu, il s'agit de savoir si telle institution ou tel rapport de droit appartient ou est régi par le droit matériel, qui est fédéral, ou par le droit formel, qui ressortit en principe au droit cantonal. Si cette question est tranchée en faveur du droit matériel, il n'y a plus place pour une réglementation cantonale: ainsi, la qualité pour agir est un problème de fond, réglé par le seul droit fédéral, sans que l'on puisse parler véritablement d'un «empiétement» de celui-ci sur le domaine des cantons. A notre avis, la distinction entre droit de fond et droit de procédure doit être faite en appliquant les principes ordinaires d'interprétation: admettre en cas de doute une sorte de présomption au bénéfice du droit de fond, donc du droit fédéral, restreindrait le domaine laissé aux cantons, contrairement à l'art. 64 al. 3 Cst. C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons suivre KUMMER, lorsque cet auteur invite la jurisprudence à étendre au maximum le champ d'application du droit privé fédéral aux dépens des procédures cantonales[32].

En second lieu, lorsqu'une question relève de la procédure, donc en principe du droit cantonal, toute ingérence du droit fédéral n'est pas exclue. Il convient alors véritablement de parler d'empiétement. Bien que beaucoup d'encre ait coulé sur ce sujet, les avis ne sont guère divergents sur le principe; c'est lors de l'application de la règle générale à des cas particuliers que les nuances d'opinions conduisent à des résultats souvent divergents. En résumé, en réservant la procédure aux cantons «comme par le passé», l'art. 64 al. 3 Cst. marque la possibilité pour la Confédération d'édicter certaines règles de procédure. Toutefois, cette compétence n'existe que dans

[32] RJB 1966, p. 10.

la mesure où de tels empiétements sont *indispensables* pour assurer l'application effective et uniforme du droit matériel fédéral[33]. Le Tribunal fédéral l'a bien marqué: qu'il existe des solutions plus opportunes que celles de la procédure cantonale ne justifie pas un empiétement; il faut que: «die Verwirklichung des Bundesprivatrechts durch die Ausgestaltung des kantonalen Prozessrechts unerträglich bzw. in unzulässiger Weise erschwert wird»[34].

De telles règles fédérales de procédure sont parfois rangées dans ce que certains auteurs appellent du droit civil formel. On en trouve en effet un bon nombre dans les lois civiles fédérales, à côté des dispositions de droit matériel[35]. De plus, et cela nous occupera plus particulièrement ci-après, la jurisprudence a consacré également de nombreux empiétements du droit fédéral sur la procédure cantonale.

De toute façon, il est erroné et inutile d'attribuer au droit matériel fédéral une institution qui appartient à la procédure, à seule fin d'ouvrir le recours en réforme dans tel ou tel domaine particulier; en effet, en matière de procédure, le législateur fédéral ou la jurisprudence ont la faculté d'édicter des principes de droit fédéral, mais uniquement dans la mesure nécessaire pour éviter que le droit cantonal ne fasse obstacle à la réalisation du droit de fond[36].

b) Demande en constatation de droit et procédure provocatoire

11. Les notions d'action, d'instance, d'«Anspruch»... ont toujours suscité des controverses[37]. En Suisse, un point est cependant

[33] Bull.stén. CN 1898, p. 233/4. GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 23; VOYAME, p. 74 et 84 ss; EICHENBERGER, spéc. p. 490/491 et 505/506; RAPPORT sur le projet d'harmonisation , p. 997; DIDISHEIM, p. 222 ss.

[34] RO 96 II 437. Cf. aussi RO 92 II 108, JT 1966 I 631; RO 86 II 316 cons. 5; RO 85 II 107/108; RO 78 II 98; RO 74 II 71, JT 1948 I 592; RO 55 II 138; RO 42 II 700, JT 1917 I 326.

[35] VOYAME, p. 88 ss.

[36] POUDRET, p. 260 à 262, spéc. p. 260 n. 26.

[37] Voir récemment ROGNON, p. 13 ss.

clair: «Das Bundesprivatrecht stellt Bestimmungen über Entstehung, Untergang und Inhalt subjektiver Rechte und der ihnen entsprechenden Pflichten auf»[38]. L'accord n'est cependant pas encore total au sujet de ce que l'on appelle en général l'action en constatation de droit, que nous préférerions nommer demande en constatation de droit. Il est difficile de dire si cette institution doit être rattachée au droit matériel ou à la procédure. La doctrine dominante paraît se rallier à la première solution[39]. Nous ne sommes pas certains que cette position soit juste et qu'il ne s'agisse pas en fait de la forme que peut prendre en procédure la protection des droits privés[40].

Quoi qu'il en soit, il est actuellement admis de manière unanime que le droit fédéral, dans le domaine qu'il régit, ouvre l'action en constatation de droit au plaideur qui justifie d'un intérêt digne de protection. Initialement, la jurisprudence du Tribunal fédéral avait été fluctuante[41]. Puis, notre Cour suprême a rattaché l'institution à la procédure cantonale, sous réserve des cas particuliers où le droit fédéral l'impose ou l'exclut[42]. Enfin, dans une jurisprudence de 1951, qui n'a plus varié, elle a admis une action en constatation générale de droit fédéral[43]. Cependant, dans le domaine régi par le droit cantonal, celui-ci en fixe seul les conditions d'admission[44].

[38] RO 98 II 344.

[39] GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 254 ss; VOYAME, p. 121 ss; RAPPORT sur le projet d'harmonisation, p. 1023; LEUCH, Feststellungsklage, spéc. p. 295; ROGNON, p. 66 ss. Moins nets: GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 31 ss; KUMMER, Klagerecht, p. 20/21 et 60. *Contra:* DU PASQUIER, p. 457.

[40] LENT/JAUERNIG, § 34 II, p. 98.

[41] Droit fédéral: RO 8, 104; RO 9, 104; RO 13, 348; RO 40 II 628; RO 41 II 428, JT 1916 I 516; RO 42 II 696, JT 1917 I 322; RO 48 II 316, JT 1923 I 35; RO 49 II 275. Procédure cantonale: RO 27 II 642/3; RO 32 II 377; RO 42 II 336; RO 45 II 462, JT 1919 I 652.

[42] RO 55 II 139, JT 1930 I 189; RO 56 II 53, JT 1930 I 306; RO 58 II 417, JT 1933 I 310; RO 63 II 185, JT 1937 I 586; RO 64 II 223, JT 1939 I 74; RO 69 II 77, JT 1943 I 407; RO 70 II 145.

[43] RO 77 II 347, JT 1952 I 181. Cf. aussi: RO 96 II 131, JT 1971 I 265; RO 93 II 16/17, JT 1967 I 547; RO 92 II 108; RO 91 II 409, JT 1966 I 522; RO 90 II 33, JT 1964 I 577.

[44] RO 89 II 210, JT 1964 I 168.

Cette jurisprudence ne peut être qu'approuvée. Même s'il ne s'agit pas d'une question de droit matériel, les auteurs ont abondamment démontré que l'application uniforme du droit fédéral imposait cette solution.

Contrairement à la doctrine presque unanime, le Tribunal fédéral a néanmoins admis jusqu'à présent que la procédure cantonale pouvait ouvrir la demande en constatation plus largement que le droit fédéral, pour autant que ce dernier ne l'exclue pas dans un cas particulier[45]. Le Tribunal fédéral ne revoit pas les conditions d'admission de la demande déclaratoire de droit selon la procédure cantonale, mais, sur le fond, entre en matière, pour autant que les autres conditions de recevabilité du recours en réforme soient réunies. Cette position est logiquement insoutenable dans la mesure où l'on admet que ce problème est de fond, car seul le droit privé fédéral peut alors le règler[46]. A notre avis, même sous l'angle de la procédure, un empiétement sur le droit cantonal s'impose: il faut éviter que, dans certains cantons, un droit puisse être déduit en justice plus facilement que dans d'autres, ou que, pour la demande négatoire de droit, le titulaire du droit soit, selon les cantons, contraint ou non de le faire valoir même contre son gré. «Sur la tombe de cette compétence cantonale, il ne faut donc pas s'attarder en vains regrets.»[47] Toutefois, si le droit fédéral décide seul de l'admission de la demande déclaratoire de droit, la question de la recevabilité de la procédure reste régie par le droit cantonal: ainsi, il n'appartient en principe pas au Tribunal fédéral de revoir la décision cantonale rejetant une telle demande pour imprécision des conclusions[48].

[45] RO 93 II 17, JT 1967 I 547; RO 92 II 108; RO 85 II 75; RO 84 II 691, JT 1959 I 489; RO 84 II 495, JT 1959 I 157; RO 80 II 121, JT 1955 I 6. Dans ce sens: LEUCH, Feststellungsklage, p. 297. *Contra:* GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 32; VOYAME, p. 106, 123/24; KUMMER, Klagerecht, p. 56; ROGNON, p. 66 ss.

[46] Question de fond selon: RO 91 II 409, JT 1966 I 522/23; RO 84 II 398; RO 83 II 197, JT 1958 I 43. L'arrêt RO 92 II 109 parle à nouveau d'une question de procédure.

[47] DU PASQUIER, p. 461.

[48] RO 88 II 238, JT 1963 I 134.

12. Vu ce qui précède, nous pensons que la validité des règles cantonales sur la procédure provocatoire, forme démodée de la demande en constatation de droit négative, est douteuse[49]. La jurisprudence ne l'a toutefois pas condamnée mais n'en admet la validité qu'à des conditions assez restrictives[50]. A tout le moins, la procédure provocatoire ne devrait être ouverte que dans les cas où d'après le droit fédéral, et selon lui seulement, la demande négatoire de droit est admissible.

c) Qualité pour agir, capacité d'être partie et d'ester en justice

13. La qualité pour agir et pour défendre revient normalement au sujet actif et au sujet passif du droit déduit en justice. Ce problème de fond est régi par le droit fédéral, qui seul peut prévoir les cas dans lesquels la qualité pour agir appartient exceptionnellement à une autre personne que le titulaire du droit litigieux[51].

En revanche, la capacité d'être partie relève théoriquement de la procédure. Cependant, cette notion est inséparable de la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations, question qui relève du droit privé fédéral. Dès lors, la capacité d'être partie ne peut être réglée que par le droit fédéral pour les personnes privées[52]. Il convient toutefois de réserver le droit cantonal pour les corporations et établissements de droit public qui lui sont soumis, de même que pour les sociétés d'allmends et autres semblables (art. 59 al. 1 et 3 CC). Enfin, à cet égard, les étrangers sont en principe soumis à leur droit national[53].

[49] VOYAME, p. 105 ss.

[50] RO 83 II 196, JT 1958 I 42; RO 79 II 392, JT 1954 I 367; RO 60 II 486, JT 1935 I 389; RO 54 II 112, JT 1929 I 35. Cf. aussi GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 67/68, et KUMMER, Klagerecht, p. 59/60.

[51] RO 97 II 99, JT 1972 I 244; RO 83 II 508; RO 74 II 216, JT 1949 I 266; RO 48 II 354, JT 1923 I 173. GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 37; VOYAME, p. 125/26.

[52] RO 81 II 361, JT 1956 I 116; RO 39 II 737, JT 1914 I 548. GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 36/37; VOYAME, p. 131/2; BIRCHMEIER, p. 80.

[53] RO 82 II 172, JT 1957 I 520. LEUCH, Zivilprozeßordnung, rem. 1 ad art. 35.

Les mêmes principes sont valables pour la capacité d'ester en justice, qui est le pendant de l'exercice des droits civils: le droit fédéral est donc applicable, avec les mêmes réserves que celles émises ci-dessus[54].

d) L'ouverture d'action

14. L'ouverture d'action est une notion importante, puisqu'elle détermine notamment le début de la litispendance. Il s'agit d'une question de procédure régie en principe par le droit cantonal. Toutefois, la jurisprudence a créé une notion fédérale d'ouverture d'action pour déterminer si les délais de droit fédéral sont respectés. Cet empiétement est justifié, car, si le droit privé fédéral dit qu'une action ne peut être ouverte que dans un certain délai, il lui appartient d'indiquer à quelles conditions tel est bien le cas[55]. Dans ce cadre, la notion fédérale d'ouverture d'action est indépendante de ce que les lois cantonales entendent par litispendance; on peut la définir comme l'acte par lequel le demandeur requiert pour la première fois l'intervention du juge, *dans les formes fixées par la procédure cantonale,* pour obtenir la reconnaissance ou la protection du droit qu'il invoque; en particulier, la citation en conciliation suffit, lorsqu'elle est organiquement rattachée à la suite de la procédure. Pour le surplus, et pour déterminer notamment les actes créant la litispendance, la procédure cantonale règle le problème de l'ouverture d'action[56].

Pour les délais de droit fédéral, l'action en justice ne produit son effet interruptif que si le tribunal saisi est compétent et si la demande est exempte de vices de procédure, ce qui relève du droit cantonal (sous réserve des règles fédérales de compétence). Dès

[54] RO 77 II 9, JT 1951 I 357; RO 76 IV 143, JT 1950 IV 67; RO 48 II 29, JT 1922 I 421; RO 42 II 555, JT 1917 I 306. GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 36/37; VOYAME, p. 132/33; BIRCHMEIER, p. 80.

[55] Voir par exemple: RO 89 II 306, JT 1964 I 172; RO 87 II 368, JT 1962 I 364; RO 85 II 315, JT 1960 I 570; RO 74 II 15, JT 1948 I 476; RO 68 III 90, JT 1942 I 564. GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 242; BIRCHMEIER, p. 79.

[56] Cf. notamment RO 64 II 176, JT 1939 I 37.

lors, un problème délicat se pose. Normalement, la question de la restitution d'un délai de droit fédéral est régie par celui-ci (voir spécialement l'art. 139 CO). Cependant, selon la jurisprudence, il appartient à la procédure cantonale de dire si des erreurs de procédure peuvent être corrigées, avec effet rétroactif, ce point échappant du reste au contrôle du Tribunal fédéral[57]. Il existe toutefois des irrégularités de procédure qui, à strictement parler, ne peuvent être corrigées (le procès ne peut suivre son cours normal sur la base de l'acte vicié). En pareil cas, certaines procédures cantonales prévoient que si la demande est à nouveau formée, régulièrement, dans un délai déterminé, le début de la litispendance est maintenu au jour d'introduction du premier acte[58]. La jurisprudence fédérale admet alors que la litispendance a valablement persisté[59]. Cette absence de formalisme se justifie lorsque la procédure cantonale prévoit que la cause portée devant un juge incompétent est reportée d'office, en l'état, devant le juge compétent dans le même canton[60]. Il en va de même lorsque la demande viciée est formée à nouveau devant le même tribunal. Cette solution est en revanche beaucoup plus hardie lorsque, par exemple, la demande introduite devant un juge incompétent est retirée ou rejetée, puis portée devant un autre juge du même canton ou, à plus forte raison, d'un autre canton. En pareil cas, la persistance de la litispendance prévue par le droit cantonal ne paraît être qu'une fiction.

e) Autorité de la chose jugée et litispendance

15. «Corollaire de la force de chose jugée *(formelle Rechtskraft)*, l'autorité de la chose jugée *(materielle Rechtskraft)* est un attribut

[57] RO 85 II 316, JT 1960 I 571; cf. aussi RO 61 II 127, JT 1936 I 13.

[58] Voir par exemple les Codes de procédure civile vaudois (art. 141) et bernois (art. 163).

[59] RO 82 III 43, JT 1956 II 63; RO 75 III 75, JT 1950 II 58. Dans ce sens: GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 232 n. 21 a et Bundesprivatrecht, p. 44; LEUCH, Zivilprozeßordnung, rem. 6 ad art. 163. *Contra:* RO 61 II 125, JT 1936 I 12; RO 49 III 66. La question perd de son importance avec l'interprétation de plus en plus extensive de l'art. 139 CO.

[60] Voir par exemple l'art. 61 du Code de procédure civile vaudois.

du jugement définitif qui interdit à tout tribunal de statuer à nouveau sur l'objet du litige préalablement tranché entre les mêmes parties.»[61] L'accord est loin d'être réalisé sur le point de savoir si l'autorité de la chose jugée relève du droit matériel ou de la procédure. Cette question est cependant importante pour déterminer le champ d'application du droit fédéral en cette matière. Sans pouvoir nous arrêter ici à de longs développements, nous pensons que la théorie processuelle est juste et que l'exception de chose jugée est une exception de procédure, permettant d'invalider la seconde instance engagée en dépit de l'existence du premier jugement[62]. Bien que l'autorité de la chose jugée relève donc en principe de la procédure cantonale, nous ne contestons pas que le droit fédéral puisse intervenir dans ce domaine, afin de poser les règles indispensables pour assurer son application uniforme. Pratiquement, notre position n'est guère différente de celle des auteurs qui ne tranchent pas de manière absolue sur ce point précis[63].

Pour sa part, la jurisprudence a subi certains variations. Préalablement, on relèvera que, dans les relations intercantonales, l'art. 61 Cst. impose dans toute la Suisse la reconnaissance des jugements civils définitifs. Si, en particulier, nonobstant le jugement rendu dans un autre canton, un tribunal cantonal statue sur le même objet entre les mêmes parties, sa décision peut faire l'objet d'un recours de droit public. Cette jurisprudence nous paraît garder sa valeur même après l'arrêt *Küng*, dont il sera question ci-après, vu l'art. 43 al. 1 seconde phrase OJ[64]. De plus, lorsqu'un jugement a été rendu par le Tribunal fédéral, c'est le droit fédéral qui lui confère l'autorité de la chose jugée[65].

En ce qui concerne les relations intracantonales, le Tribunal

[61] POUDRET, p. 256.

[62] POUDRET, p. 256/7; PIGUET, p. 29; RAPPORT sur le projet d'harmonisation, p. 1042; apparemment dans ce sens KUMMER, Grundriß, p. 126.

[63] GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 65, et Bundesprivatrecht, p. 15/16, 26ss; VOYAME, p. 170ss; KUMMER, Klagerecht, p. 62ss; BIRCHMEIER, p. 81/82; WEISS, p. 25ss.

[64] RO 95 II 644, JT 1971 I 365; RO 88 I 163, JT 1963 I 621; RO 78 II 401, JT 1953 I 537; RO 76 II 116, JT 1950 I 551.

[65] RO 95 II 645, JT 1971 I 366. A notre avis, c'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt RO 98 II 27: voir note 70 ci-dessous.

fédéral a durant longtemps considéré que l'autorité de la chose jugée relevait en principe de la procédure cantonale. Néanmoins, pour les actions fondées sur le droit fédéral, lorsque l'exception de chose jugée était admise, il a examiné si les conditions en étaient réalisées, estimant que le droit fédéral précisait quand il y avait identité de parties et d'objet du litige[66]. Puis, suivant les critiques justifiées de la doctrine, il a, dans l'arrêt *Küng* accepté de statuer sur le problème des identités lorsque l'exception était rejetée nonobstant l'existence d'un premier jugement rendu dans le même canton, en exceptant à juste titre les actions fondées sur le droit cantonal ou sur le droit étranger[67]. Cet empiétement se justifie pour assurer la bonne exécution du droit fédéral[68]. Nous pouvons encore suivre le Tribunal fédéral dans la mesure où il précise, dans sa dernière jurisprudence, que les cantons ont de par le droit fédéral l'obligation de munir leurs jugements de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, il n'en résulte pas, comme paraît le dire malencontreusement l'arrêt *Küng,* que l'institution que nous étudions relève du droit privé, donc du droit matériel: «Die materielle Rechtskraft von Zivilurteilen ist also in Wirklichkeit eine Einrichtung des Privatrechts»[69]. Sous réserve des empiétements mentionnés ci-dessus et que nous approuvons, nous persistons à penser que l'autorité de la chose jugée relève de la procédure cantonale, qui reste donc applicable en dehors de la question des identités. En particulier, il appartient au droit cantonal de dire quand les juge-

[66] RO 88 I 164, JT 1963 I 621; RO 85 II 58, JT 1959 I 518; RO 83 II 267, JT 1958 I 357; RO 81 II 146, JT 1956 I 140; RO 78 II 401, JT 1953 I 537; RO 76 II 116, JT 1950 I 551; RO 75 II 290, JT 1950 I 330.

[67] RO 95 II 640, JT 1971 I 362. Confirmé par RO 98 II 27 et RO 97 II 396, JT 1973 I 85.

[68] GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 26ss; VOYAME, p. 170ss; POUDRET, p. 254; KUMMER, Klagerecht, p. 62ss.

[69] RO 95 II 643. Dans ce sens, deux arrêts anciens: RO 16, 547 et 766. Cf. aussi RO 98 II 153, JT 1973 II 77 et W. BÜHLER, Berner Kommentar, vol. I, fasc. 1, Berne 1971, rem. prél. 111 ad art. 137. Sur ce point, POUDRET, p. 257, relève à juste titre que cette institution ne saurait être à la fois procédurale et de droit matériel, sans être lui-même totalement exempt de formules ambiguës en p. 260 et 261 in fine.

ments acquièrent autorité de chose jugée. La procédure cantonale détermine également si l'exception de chose jugée doit être retenue d'office ou uniquement sur requête d'une partie[70], et cela même pour les procès en divorce, comme POUDRET l'a démontré de manière fort convaincante[71].

16. En ce qui concerne la litispendance, le problème se pose en termes similaires. L'exception de litispendance relève en principe du droit cantonal de procédure, qui détermine notamment si une action peut être rejetée de ce fait. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une prétention fondée sur le droit fédéral, c'est selon celui-ci qu'il faut juger si le procès ouvert en second lieu porte sur le même objet et se déroule entre les mêmes parties que celui déjà introduit précédemment[72]. Le Tribunal fédéral entre donc en matière à cet égard contre les jugements cantonaux rejetant une action pour cause de litispendance, considérant qu'ils constituent alors des décisions finales au sens de l'art. 48 OJ[73]. Relevons encore qu'en matière de divorce, l'action ouverte en premier crée un for exclusif en vertu de l'art. 144 CC, qui prescrit le rejet de l'action ouverte en second lieu; toutefois, il appartient au droit cantonal de déterminer les

[70] RO 83 II 267, JT 1958 I 357; RO 67 II 73, JT 1941 I 441; RO 38 II 365, JT 1913 I 260. *Contra:* RO 34 II 626, condamné par RO 75 II 290, JT 1950 I 330. L'arrêt RO 98 II 27 paraît dire que l'exception doit être examinée d'office, la question de la chose jugée étant réglée par le droit fédéral; formulée de manière aussi générale, cette affirmation nous semble inexacte; dans le cas particulier, nous pouvons y souscrire, le premier arrêt ayant été rendu par le Tribunal fédéral: voir note 65 ci-dessus. Dans notre sens: GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 26 n. 60; VOYAME, p. 175; KUMMER, Klagerecht, p. 64/65, sauf pour les procès où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits; PIGUET, p. 51/52; RAPPORT sur le projet d'harmonisation, p. 1040 et 1042.

[71] POUDRET, op.cit, avec références. Indécis: RO 95 II 643/44, JT 1971 I 365. *Contra:* BÜHLER, op.cit. (note 69), rem. prél. 114 ad art. 137.

[72] RO 98 II 158, JT 1973 II 77 (qui fait une distinction par rapport à l'autorité de la chose jugée, qui se déduirait directement du droit fédéral selon l'arrêt *Küng:* note 69 ci-dessus); RO 96 II 449; RO 85 II 82, JT 1959 I 550; RO 80 I 261, JT 1955 I 154; RO 24 II 55. Cf. aussi RO 100 III 28. Pour GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 30/31, il s'agit en revanche d'une notion de droit fédéral.

[73] RO 98 II 154, JT 1973 II 73; RO 80 I 261, JT 1955 I 154. *Contra:* WURZBURGER, p. 186, n° 250.

actes créant la litispendance, soit de fixer la date de l'ouverture d'action. Le for du divorce se trouve donc au lieu où les actes des parties ont introduit en premier la procédure; à cet égard, il n'existe pas de notion fédérale d'ouverture d'action comme pour l'interruption des délais de droit fédéral[74].

f) Le principe «jura novit curia»

17. Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que, sauf disposition expresse de droit matériel, la question de savoir si un point de vue juridique non invoqué par une partie peut être examiné d'office par le juge relève de la procédure cantonale[75]. Actuellement, selon la jurisprudence, l'autorité cantonale est tenue de par le droit fédéral d'appliquer d'office celui-ci dans toute son étendue aux faits établis par les parties[76]. Comme le Tribunal fédéral lui-même n'est pas lié par les motifs invoqués mais apprécie au contraire librement la portée juridique des faits (art. 63 al. 1 et 3 OJ), le pouvoir d'appréciation du juge cantonal ne saurait être moins large. A vrai dire, le principe «jura novit curia» n'est pas sérieusement contesté. Il est en revanche moins aisé de fixer l'étendue de son application. Avec la doctrine dominante, nous pensons qu'une application large, «absolue», de cette règle assure seule la sécurité du droit, en évitant le plus possible la répétition de procès fondés sur les mêmes faits[77]. A cet égard, la règle «jura novit curia» est en étroite relation avec l'autorité de la chose jugée: l'objet du second procès n'est pas le même selon que, dans le premier procès,

[74] RO 84 II 472, JT 1959 I 520; RO 80 II 98, JT 1955 I 43; RO 74 II 69, JT 1948 I 590; RO 64 II 183, JT 1939 I 40; RO 64 II 176, JT 1939 I 37. BÜHLER, op.cit. (note 69), rem. 13 ss et 28 ad art. 144.

[75] RO 65 II 206, JT 1939 I 631; RO 15, 376/7; cf. aussi RO 48 II 280, JT 1922 I 591.

[76] RO 92 II 312, JT 1967 I 611; RO 91 II 65, JT 1966 I 95; cf. aussi RO 84 II 467, JT 1959 I 519. Dans ce sens: GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 69/70, 132 et Bundesprivatrecht, p. 34 ss; KUMMER, Klagerecht, p. 104 ss; THORENS, L'objet du litige, p. 38, et La cause, p. 185 ss; ROGNON, p. 138 ss et 151 ss.

[77] Voir en particulier ROGNON, p. 138 ss et 151 ss, réfutant les objections de SCHWANDER, op.cit. dans la bibliographie ci-dessous.

le juge était ou non libre dans l'application des règles du droit matériel aux faits établis par les parties. L'objet du litige étant déterminé par le droit fédéral en matière d'autorité de chose jugée, la portée du principe «jura novit curia» doit également être fixée par lui.

Pour sa part, la procédure cantonale prescrit la manière dont les faits sont établis par les parties et le pouvoir du juge de sortir éventuellement du cadre des allégués (maxime officielle ou maxime des débats)[78]. En particulier, le droit cantonal précise jusqu'à quel stade de la procédure de nouveaux faits peuvent être allégués et à quelles conditions. Selon la jurisprudence, le droit fédéral interdit qu'une cause civile soit scindée en procès distincts selon les moyens de droit invoqués; le droit cantonal ne peut donc «diviser la prétention litigieuse en deux actions soumises à deux ordres de juridiction parallèles»[79]. Même s'il apparaît opportun que le même tribunal statue à tous les points de vue juridiques sur les faits allégués, cet empiétement sur la procédure et l'organisation judiciaire cantonales ne nous paraît pas indispensable à l'exécution uniforme du droit fédéral[80].

g) Conventions de procédure

18. Initialement, le Tribunal fédéral considérait que le *compromis arbitral et la clause compromissoire* relevaient du droit de fond[81]. Avec la doctrine dominante, il estime à juste titre actuellement qu'il s'agit d'accords de procédure, régis en principe par le droit cantonal[82]: par une convention qui vise l'instance, le litige est sous-

[78] RO 95 II 451, JT 1970 I 645; RO 78 II 97, JT 1953 I 383; RO 74 II 206, JT 1949 I 520; cf. aussi RO 95 II 252 cons. 3, JT 1970 I 256.

[79] RO 92 II 305, JT 1967 I 611; RO 91 II 63, JT 1966 I 95. Le Tribunal fédéral s'est abstenu d'un tel empiétement dans l'hypothèse visée par les arrêts cités à la note 117 ci-dessous.

[80] KUMMER, RJB 1967, p. 169ss; cf. aussi ROGNON, p. 150/151.

[81] RO 40 II 79; RO 39 II 52; RO 24 II 560; RO 18, 611, JT 1893, p. 161; RO 13, 355; RO 7, 283.

[82] RO 85 II 150, JT 1959 I 556; RO 78 II 395, JT 1953 I 131 (cf. remarque VOYAME,

trait aux tribunaux ordinaires. Cependant, pour les causes qui sont de la compétence d'une juridiction fédérale, l'arbitrage est régi par le droit fédéral. De même, il appartient à ce droit de dire dans quels cas l'arbitrage est exclu pour les actions de droit fédéral; la violation de telles règles peut faire l'objet d'un recours en réforme contre la décision cantonale relative à la compétence du tribunal saisi (art. 49 OJ).

19. Par la convention d'*expertise arbitrale,* les parties conviennent de faire trancher définitivement par un ou plusieurs tiers *(Schiedsgutachter)* un point de fait important pour la solution d'un litige. Nous y voyons un contrat de procédure, en matière de preuve[83]. En revanche, la jurisprudence estime que cet accord ressortit au droit de fond, soit au droit privé fédéral[84].

20. La *prorogation de for* porte uniquement sur l'instance et constitue une convention de procédure régie en principe par le droit cantonal[85]. Cependant, le droit fédéral interdit la prorogation dans certains cas et fixe les limites dans lesquelles il permet de déroger aux règles de compétence fixées par lui. Mais le refus du juge de tenir compte d'une convention de prorogation de for dérogeant à une règle fédérale de droit dispositif relève de la procédure cantonale[86].

21. La *transaction judiciaire* mériterait à elle seule une étude approfondie. La doctrine et la jurisprudence y voient en général

p. 148, n. 363); RO 71 II 179, JT 1945 I 622; RO 71 II 116, JT 1945 I 279; RO 69 II 118, JT 1943 I 307. – GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 9 ss; VOYAME, p. 146 ss; WURZBURGER, p. 103, n° 149 et p. 218, n° 299.

[83] GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 575, n. 14a; WURZBURGER, p. 104, n° 149.

[84] RO 71 II 294, JT 1946 I 210; RO 67 II 147, JT 1941 I 510; RO 26 II 765, JT 1901 I 472. Dans ce sens: KUMMER, Grundriß, p. 247; LEUCH, Zivilprozeßordnung, rem. 1a ad art. 380; E. THILO, L'arbitre-expert, JT 1945 I, p. 226; J. THORENS, L'expertise-arbitrage, SJ 1968, p. 601 ss.

[85] RO 96 II 430, JT 1971 I 528; RO 87 III 25, JT 1962 II 31; RO 76 II 249, JT 1951 I 572. VOYAME, p. 149 ss; FISCHER, p. 37 ss, 67 ss, 73 ss; WURZBURGER, p. 104, n° 149 et p. 218, n° 299.

[86] RO 100 III 38; RO 96 II 430, JT 1971 I 528. *Contra:* FISCHER, p. 86 ss, spéc. p. 91.

un acte juridique d'une nature double: d'une part, ayant pour objet le droit privé litigieux, elle ressortit au droit fédéral et, d'autre part, passée dans les formes prévues par la procédure, elle a également des effets sur ce plan, en mettant notamment fin au procès[87]. Dès lors, sur le fond, la validité de la transaction judiciaire dépend du droit matériel et elle pourrait être attaquée selon les règles ordinaires du droit privé, spécialement pour vices du consentement au sens des art. 23 ss CO. A notre avis, cette solution est à la fois compliquée et source d'insécurité. Nous pensons que la procédure cantonale reste libre de définir les conditions de la transaction judiciaire et de décider si elle a autorité de chose jugée[88]. En tout cas, lorsque le droit cantonal confère un tel effet à la transaction judiciaire, nous pensons, contrairement à la jurisprudence et à la doctrine dominante, qu'il n'y a plus place pour une remise en cause de celle-ci par les moyens du droit civil; la partie qui veut attaquer cet accord doit le faire selon les voies prévues pour attaquer les jugements[89].

En revanche, dans son domaine, il appartient de toute façon au droit fédéral de dire quels rapports de droit sont susceptibles de faire l'objet d'une transaction. Par ailleurs, c'est le droit cantonal qui indique jusqu'à quel stade de la procédure le demandeur peut se désister sans préjudice de l'ouverture d'une nouvelle action, un tel désistement n'ayant alors d'effets qu'au plan de la procédure[90].

87 RO 80 I 389, JT 1955 I 203; RO 76 II 374, JT 1951 I 395; RO 60 II 56, JT 1934 I 200; RO 56 I 224, JT 1931 I 433. Sur le passé-expédient: RO 82 II 191, JT 1957 I 525; RO 81 II 528, JT 1956 I 467; RO 69 II 370 cons. 9, JT 1944 I 310; RO 49 III 53; RO 32 II 704. GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 287 ss et Bundesprivatrecht, p. 19/20, 42/43; VOYAME, p. 140 ss; KUMMER, Grundriß, p. 129; LEUCH, Zivilprozeßordnung, rem. 5 ad art. 397; LENT/JAUERNIG, § 48 II, p. 144; ROSENBERG/SCHWAB, § 132 II, p. 666.

88 BIRCHMEIER, p. 84; voir aussi RO 51 II 99, JT 1925 I 465. *Contra:* VOYAME, p. 143. KUMMER, Klagerecht, p. 62, note 3, traitant du «Prozeßabstand», qui exclut le dépôt d'une nouvelle demande, pense même que le droit fédéral exige qu'on l'assimile à un jugement ayant autorité de chose jugée.

89 GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 293; PIGUET, p. 34. C'est le cas, en droit vaudois, selon l'art. 502 CPC: JT 1960 III 76. Sur l'opinion dominante, voir références à la note 87 ci-dessus.

90 KUMMER, Klagerecht, p. 62 n. 3; GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 19.

h) La preuve

22. La délimitation entre droit fédéral et droit cantonal en matière de preuve a donné lieu à une abondante jurisprudence, car il existe une certaine interpénétration entre les deux droits: d'une part, ce domaine ressortit en principe à la procédure cantonale, mais, d'autre part, on trouve dans les lois fédérales des règles diverses sur ce point, dont la plus importante est l'art. 8 CC. Normalement, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de l'autorité cantonale, mais il peut revoir la violation des dispositions fédérales en matière de preuve, selon l'art. 43 al. 3 OJ, qui est très fréquemment invoqué dans les recours en réforme, souvent de manière abusive pour tenter de remettre en cause indûment l'état de fait établi par la juridiction cantonale. Dans ce dernier cas, soit lorsqu'il s'agit en réalité de l'application de la procédure cantonale, le Tribunal fédéral n'entre évidemment pas en matière. Nous ne voulons ici qu'esquisser les critères de la distinction, en limitant nos citations et renvoyant pour le surplus aux ouvrages parus sur le sujet[91].

23. Pour les prétentions de droit fédéral, il appartient à celui-ci de régler l'objet de la preuve, qu'on appelle parfois le thème de la preuve. En effet, déterminer ce qui doit être prouvé, soit fixer les faits pertinents ressortit au droit fédéral, qui détermine les conditions de fait des droits qu'il accorde[92].

Le *fardeau de la preuve* concerne les conséquences de l'absence ou de l'échec de la preuve. On dispute pour savoir s'il s'agit d'une question de droit matériel ou de procédure. En Suisse, la controverse est secondaire dans la mesure où le droit fédéral a réglé ce point à l'art. 8 CC. Nous n'avons pas à aborder les nombreux arrêts qui ont clarifié la portée de ce principe de droit fédéral. Mais il faut savoir ce que le Tribunal fédéral a encore implicitement tiré

[91] DESCHENAUX, p. 219 ss; KUMMER, Berner Kommentar, ad art. 8; GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 13 ss, 47 ss et Beweiswürdigung und Beweislast, Zurich 1955; VOYAME, p. 151 ss; BIRCHMEIER, p. 91 ss; WEISS, p. 233 ss.

[92] RO 98 II 116, JT 1973 I 175; RO 86 II 313, JT 1961 I 526; RO 86 II 302, JT 1961 I 84. VOYAME, p. 155 n. 401; KUMMER, in RJB 1973, p. 151.

de l'art. 8 CC et ce qui appartient à la procédure cantonale. En effet, selon la jurisprudence, le *droit à la preuve* découle aussi de l'art. 8 CC: en chargeant une partie du fardeau de la preuve, le droit fédéral lui confère également le droit d'établir les faits pertinents dont découle le bien-fondé de sa prétention, pour autant notamment que les faits aient été régulièrement introduits en cause et que les preuves aient été normalement requises et soient admissibles[93]. Mais le droit fédéral n'exclut pas l'*appréciation anticipée* des preuves proposées par les parties: le juge cantonal reste libre de refuser l'administration de preuves qui se révèlent inutiles ou qui ne sont de toute façon pas concluantes[94]. Le Tribunal fédéral déduit encore de l'art. 8 CC l'obligation pour l'autorité cantonale de ne pas admettre sans preuve des faits contestés[95]. Outre l'art. 8 CC, relevons que la législation fédérale a introduit de nombreuses présomptions légales. De toute façon, les règles fédérales que nous venons de mentionner ne s'appliquent pas dans les litiges relevant du droit privé cantonal ou lorsqu'une question de preuve se pose à propos d'un point de procédure cantonale, tel que la compétence d'un juge[96].

24. Le *fardeau de l'allégation* est régi par le droit cantonal. Le Tribunal fédéral avait néanmoins dégagé de l'art. 8 CC une obligation pour les parties d'alléguer les faits dont elles déduisent leur droit[97]. S'inclinant devant la souveraineté cantonale en la matière, il a abandonné cette jurisprudence qui liait les cantons à un système de procédure où le juge ne pourrait retenir que des faits expressé-

[93] RO 97 III 14; RO 95 II 467 cons. 3; RO 88 II 190, JT 1963 I 186; RO 86 II 302, JT 1961 I 84; RO 83 II 6; RO 82 II 510, JT 1957 I 310; RO 71 II 127; RO 68 II 139, JT 1942 I 598; RO 62 II 326, JT 1937 I 120. DESCHENAUX, p. 232; KUMMER, rem. 74 ad art. 8; GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 48; VOYAME, p. 155.

[94] RO 98 II 86, JT 1973 I 242; RO 96 II 57, JT 1971 I 273; RO 95 II 513, JT 1970 I 584; RO 95 II 467; RO 90 II 224, JT 1965 I 216; RO 87 II 232, JT 1962 I 224. DESCHENAUX, p. 226/27 et 233; VOYAME, p. 155.

[95] RO 96 I 199, JT 1971 I 484; RO 80 II 295, JT 1955 I 363. DESCHENAUX, p. 233; VOYAME, p. 155/56, avec certaines réserves.

[96] RO 88 I 15, JT 1962 I 592; RO 82 II 126, JT 1957 I 27. VOYAME, p. 153; KUMMER, rem. 56 ad art. 8.

[97] RO 71 II 127; RO 59 II 475.

ment allégués par celle des parties qui en déduit son droit. Or, il appartient à la procédure cantonale de prescrire dans quelle mesure les parties doivent alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et de dire si le juge peut tenir compte de faits non allégués[98].

En principe, les *modes de preuve* sont régis par le droit cantonal[99]. Toutefois, dans divers cas, le droit fédéral intervient pour prescrire le recours à certaines preuves: ainsi, l'expertise pour l'interdiction civile selon l'art. 374 al. 2 CC[100]. Pour sa part, le Tribunal fédéral a réglé, par voie prétorienne, la valeur probante des méthodes d'analyse du sang et de l'expertise anthropobiologique pour les actions en recherche de paternité et en désaveu[101]. De plus, pour ces procès, le Tribunal fédéral, empiétant à l'excès sur la procédure cantonale, s'est réservé la possibilité de statuer sur l'admission de certains modes de preuve prévus par le droit cantonal, tels que l'audition des parties et le serment[102].

La manière dont les preuves doivent être offertes et administrées est régie par le droit cantonal[103]. La procédure cantonale détermine également à quelles conditions le juge peut se fonder sur ses propres connaissances et son expérience, notamment pour renoncer à ordonner une expertise[104]. Enfin et surtout, la question capitale de l'*appréciation des preuves* ressortit à la procédure cantonale et ne

[98] RO 97 II 218, qui se réfère à certaines restrictions découlant de l'art. 42 al. 2 CO (mal traduit au JT 1972 I 466); RO 95 II 451, JT 1970 I 645; RO 89 II 121. DESCHENAUX, p. 228; KUMMER, rem. 40 ad art. 8. Peu clair dans la formulation mais juste sur le fond: RO 97 II 342, JT 1972 I 639 (KUMMER, in RJB 1973, p. 151).

[99] RO 98 II 330, JT 1973 I 527; RO 86 II 313 et 302, JT 1961 I 526 et 84; RO 80 II 296, JT 1955 I 364. DESCHENAUX, p. 226; KUMMER, rem. 60ss ad art. 8.

[100] DESCHENAUX, p. 226; KUMMER, rem. 60ss ad art. 8.

[101] Pour autant que cet empiétement sur la procédure cantonale se justifie, il fallait alors déduire du droit fédéral l'obligation pour les parties et les tiers de se prêter à une prise de sang: VOYAME, p. 160; GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 48 n. 112. *Contra:* RO 82 II 510, JT 1957 I 311; RO 82 I 236, JT 1957 I 297.

[102] RO 85 II 175, JT 1959 I 553; RO 82 II 501, JT 1957 I 304; RO 80 II 295, JT 1955 I 362; RO 57 II 1, JT 1931 I 391; RO 46 II 347, JT 1921 I 164.

[103] RO 91 II 2; RO 86 II 313, JT 1961 I 526; RO 71 II 127. KUMMER, rem. 33 et 58 ad art. 8.

[104] RO 95 II 174; RO 83 II 393, JT 1958 I 206; RO 58 II 118, JT 1933 I 81.

peut donc en principe être critiquée par la voie du recours en réforme[105]. Toutefois, le droit fédéral consacre divers empiétements dans ce domaine, en prescrivant parfois au juge cantonal d'apprécier librement les preuves ou en fixant le degré de certitude que la preuve doit créer pour que le fait en cause puisse être retenu. Dans cette dernière hypothèse, il appartient néanmoins au juge cantonal d'apprécier si, dans le cas concret, la preuve atteint le niveau requis par le droit fédéral. C'est normalement dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge tiendra compte, selon la procédure cantonale, du refus de la partie adverse de collaborer à l'administration de la preuve (s'il s'agit par exemple de faits négatifs ou si cette partie détient seule le moyen de preuve). Le Tribunal fédéral semble prévoir alors de par le droit fédéral une obligation de contribuer à l'éclaircissement des faits, ce qui est discutable dans la mesure où la jurisprudence règle alors une question qui rentre en réalité dans l'appréciation des preuves[106].

i) Mesures provisionnelles

25. Normalement, dans le recours en réforme, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner les ordonnances de mesures provisionnelles, qui ne constituent pas des décisions finales au sens de l'art. 48 OJ. Dans d'autres situations, il a eu l'occasion de dire que, sous réserve des cas où le droit fédéral les prévoit, il appartient en principe à la procédure cantonale d'en fixer les conditions[107]. Même si l'on ne va pas jusqu'à admettre que les mesures provisionnelles sont l'émanation du droit privé à protéger[108], nous pensons que le droit fédéral pourrait empiéter sur le droit cantonal et prévoir des exi-

[105] RO 98 II 330, JT 1973 I 527; RO 89 II 411, JT 1964 I 189; RO 75 II 102. DESCHENAUX, p. 226/27; KUMMER, rem. 64 ss ad art. 8.

[106] RO 95 II 233 et 138, JT 1970 I 323 et 79; RO 66 II 146, JT 1941 I 172. Dans notre sens: DESCHENAUX, p. 244/45; KUMMER, rem. 82 et 186 ss ad art. 8.

[107] Voir par exemple: RO 97 I 484, JT 1972 I 649, RO 63 II 400, JT 1938 I 401. VOYAME, p. 165 ss, avec certaines restrictions.

[108] SCHWARTZ, in RDS 1969, vol. 88, t. I, p. 989. Voir aussi GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 11.

gences minimales, afin que la protection des droits privés ne soit pas rendue illusoire faute de réglementation suffisante[109]. A vrai dire, la nécessité d'un tel empiétement ne nous paraît pas jusqu'ici pleinement démontrée.

Selon la jurisprudence, l'action des art. 41 ss CO est ouverte pour obtenir réparation du préjudice causé par des mesures provisionnelles injustifiées. Le recours en réforme est alors ouvert. Le Tribunal fédéral a également admis la validité des prescriptions cantonales prévoyant la réparation à d'autres conditions, notamment en l'absence de faute du requérant. En théorie, ce point de vue est discutable, car seul le droit fédéral est habilité à régler les conditions auxquelles les droits privés peuvent être exercés. Cette jurisprudence se fonde donc essentiellement sur des motifs pragmatiques. Quoi qu'il en soit, le recours en réforme est irrecevable si le jugement a été rendu sur la base de telles dispositions cantonales[110].

j) Frais et dépens

26. La question des frais et dépens d'un procès devant la juridiction cantonale ressortit au droit cantonal. Cependant, lorsqu'il admet un recours, le Tribunal fédéral *peut* statuer lui-même sur ce point, selon les art. 157 et 159 al. 6 OJ, soit en général lorsque la décision ne présente pas de difficultés particulières. En revanche, lorsqu'il renvoie la cause à l'autorité cantonale pour statuer à nouveau sur ce problème, le nouveau prononcé n'est pas susceptible de recours en réforme[111].

k) Quelques cas particuliers

27. Sans vouloir être complet, nous aimerions nous arrêter encore à quelques cas particuliers, illustrant les principes généraux

[109] GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 384/85, et Bundesprivatrecht, p. 51 ss; RAPPORT sur le projet d'harmonisation, p. 1044.

[110] RO 88 II 278, JT 1963 I 142; RO 47 II 472. Cf. VOYAME, p. 169/170.

[111] RO 71 II 189.

d'une jurisprudence qui, dans l'ensemble, a limité son emprise sur la procédure cantonale, n'intervenant que si celle-ci entravait à l'excès l'application uniforme du droit matériel. Le Tribunal fédéral a jugé indispensable de régler au plan fédéral la reconnaissance en Suisse de jugements de divorce étrangers concernant des étrangers[112]. En revanche, et cet arrêt est exemplaire quant à la retenue que s'impose notre Cour suprême, la règle zurichoise imposant un délai d'attente de huit semaines pour ouvrir action en divorce après l'audience de conciliation a été déclarée compatible avec le droit fédéral, alors même que l'exercice du droit matériel en est momentanément suspendu[113]. Il s'agit à vrai dire d'un cas limite.

La manière de formuler les conclusions, les conditions auxquelles elles peuvent être augmentées en cours de procédure ressortissent au droit cantonal; le Tribunal fédéral ne revoit notamment pas l'application des règles cantonales prescrivant que les conclusions doivent être précises, à moins que ces exigences ne paralysent l'action du droit fédéral[114]. De même, la règle interdisant au juge de statuer «ultra petita» n'est pas de droit fédéral mais relève de la procédure cantonale[115].

C'est également au droit cantonal de dire si l'autorité saisie a compétence pour statuer sur une question préjudicielle[116]. La manière de présenter une exception est certainement un point de procédure cantonale[117]. Lorsque, selon le droit cantonal, le juge saisi est incompétent pour statuer sur la créance opposée en compensation, celle-ci doit pouvoir être soumise à une autre autorité

[112] RO 99 II 4, JT 1972 I 583.

[113] RO 96 II 435, JT 1971 I 625; RO 74 II 69, JT 1948 I 590. *Contra:* GULDENER, in RDS 1961, vol. 80, t. II, p. 404.

[114] RO 88 II 239, JT 1963 I 135; RO 40 II 551; RO 34 II 30. A cet égard excessif: RO 77 II 187, JT 1952 I 44, critiqué par GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 162 n. 8.

[115] RO 89 II 62; RO 81 II 147, JT 1956 I 140; RO 71 II 206, JT 1946 I 83; RO 64 II 385, JT 1939 I 335. ROGNON, p. 88. *Contra:* GULDENER, Bundesprivatrecht, p. 41 et VOYAME, p. 136.

[116] RO 90 II 371, JT 1965 I 329, qui, dans le cas particulier, étend très largement l'autonomie reconnue aux cantons.

[117] RO 34 II 30.

du même canton. Certes, normalement, «le juge de l'action est le juge de l'exception». Mais «les cantons peuvent en principe diviser le procès en plusieurs parties et en confier le jugement à des autorités différentes», même si cela n'est guère rationnel; cependant, le juge ne déclarera pas son jugement exécutoire avant que le défendeur n'ait obtenu un jugement au sujet de la créance opposée en compensation[118].

Enfin, lorsque le droit fédéral empiète sur la procédure cantonale, en imposant par exemple d'apprécier librement les preuves pour déterminer équitablement le montant du dommage qui ne peut être établi exactement (art. 42 al. 2 CO), le Tribunal fédéral fixe certaines limites au contrôle qu'il exerce sur l'application de cette disposition par la juridiction cantonale. Il n'intervient «que si l'autorité inférieure a appliqué d'une façon erronée ou méconnu une règle du droit fédéral, ou encore si elle a abusé de son pouvoir appréciateur»[119].

D. Droit fédéral appliqué comme droit cantonal supplétif ou à titre préjudiciel

28. Lorsqu'un litige est régi par le droit cantonal, il arrive que celui-ci renvoie au droit privé fédéral de manière générale ou pour combler les lacunes du droit cantonal. Dans une jurisprudence constante, notre Cour suprême a jugé que le droit fédéral était alors incorporé au droit cantonal et en devenait partie intégrante. Le recours en réforme n'est dès lors pas recevable[120]. Certes, lorsque le droit fédéral est appliqué en lieu et place du droit étranger dont le contenu n'est pas établi, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence et ouvre maintenant le recours en réforme, après avoir

[118] RO 85 II 107/8; RO 76 II 44, JT 1950 I 312; RO 63 II 136, JT 1937 I 570. Techniquement, il faut parler, à propos de la compensation, d'objection et non d'exception.

[119] RO 89 II 62.

[120] RO 92 II 126, JT 1967 I 60; RO 89 II 270, JT 1964 I 63; RO 85 II 151, JT 1959 I 556; RO 83 II 355; RO 81 II 302, JT 1956 I 223; RO 79 II 432.

abandonné son ancienne conception selon laquelle le droit fédéral était dans ce cas appliqué en tant que droit étranger[121]. Mais il a alors bien précisé que cette solution n'était pas valable lorsque le droit fédéral était appliqué comme droit cantonal supplétif et que sa jurisprudence était sur ce point maintenue. A vrai dire, incorporer au droit cantonal le droit fédéral appliqué à titre subsidiaire dans une contestation de droit cantonal comporte également une part de fiction, surtout lorsque les règles cantonales se bornent à renvoyer au droit fédéral. On peut aussi soutenir que les cantons ne sauraient renoncer à leurs compétences et qu'un renvoi de leur part à une autre législation la rend partie intégrante de leur droit[122]. Sur le plan pratique toutefois, la jurisprudence est compréhensible. Très souvent, le droit cantonal ne se réfère au droit fédéral que sur quelques détails: ouvrir le recours en réforme aussi partiellement ne serait guère satisfaisant, dans la mesure où le Tribunal fédéral ne pourrait revoir qu'un point de droit isolé du reste du litige; de plus, un tel système compliquerait le choix des voies de recours.

29. En théorie, il convient de distinguer la situation suivante du problème que nous venons de traiter: le litige ressortit au droit cantonal mais sa solution dépend d'une question préjudicielle de droit fédéral. Pratiquement, dans le dernier état de la jurisprudence, la différence entre les deux hypothèses est souvent ténue. Le recours en réforme est-il recevable pour faire valoir la violation des règles fédérales, les autres conditions posées par l'OJ étant par ailleurs remplies? Pendant très longtemps, le Tribunal fédéral est en général entré en matière, pour assurer l'application uniforme du droit fédéral. La violation de celui-ci, «ne serait-ce que dans les motifs d'un jugement touchant des points de droit cantonal, comme en particulier sur des questions préjudicielles ou sur des exceptions, est sujette à la censure de la juridiction de réforme»[123]. Ultté-

[121] RO 92 II 111, spéc. p. 126, JT 1967 I 49, spéc. p. 60. Cf. n° 42 ci-dessous.

[122] VOYAME, p. 98.

[123] RO 76 II 250, JT 1951 I 572. De même: RO 48 II 355, JT 1923 I 173; RO 30 II 481; RO 29 II 377; RO 25 II 137; RO 22, p. 1081. *Contra:* RO 40 II 432; RO 39 II 431.

rieurement, il a précisé qu'en pareil cas, le recours en réforme n'était ouvert que si le législateur cantonal avait, sur le point en cause, l'obligation de tenir compte du droit fédéral. Par cette formule malheureusement peu claire, le Tribunal fédéral paraît vouloir dire que le recours en réforme n'est recevable que si le droit fédéral s'applique directement sur le point préjudiciel et non pas, par exemple, lorsque le droit cantonal se réfère à une notion de droit fédéral pour régler une question rentrant dans son domaine propre. A cet égard, la nouvelle jurisprudence nous paraît exacte. Il faut malheureusement admettre qu'elle donne lieu à des distinctions subtiles, qui ne facilitent guère la solution du problème de la recevabilité[124].

E. Appréciation

30. La mission première du Tribunal fédéral est de veiller à l'application uniforme du droit fédéral. L'étude menée jusqu'ici nous renforce dans l'idée qu'il n'est ni nécessaire ni opportun de charger notre Cour suprême de revoir la violation du droit cantonal dans le recours en réforme.

La situation actuelle présente des difficultés avant tout lorsqu'il faut délimiter le droit fédéral de la procédure cantonale. A ce sujet, nous pouvons faire quatre remarques:

a) D'une manière générale, les empiétements du droit fédéral sur la procédure cantonale par voie de jurisprudence ont été modérés[125]. Le Tribunal fédéral a respecté l'autonomie cantonale en la matière et n'a pas réduit le droit cantonal à la portion congrue. A vrai dire, les pressions qui s'exercent sur la procédure cantonale se sont quelque peu déplacées, depuis que la jurisprudence relative à l'art. 4 Cst. a pris de l'importance[126]: de nombreux arrêts exa-

[124] Recours recevable: RO 97 II 322; RO 93 II 152, JT 1968 I 167; RO 78 II 395, JT 1953 I 131. Recours irrecevable: RO 96 II 63, JT 1971 I 57; RO 85 II 364, JT 1960 II 28; RO 84 II 132, JT 1958 I 581; RO 80 II 182, JT 1955 I 157.

[125] Déjà dans ce sens, VOYAME, p. 95.

[126] HANS HUBER, Hundert Jahre Bundesverfassung, in RSJ 1974, p. 152.

minent si une règle donnée de procédure cantonale ou son application dans le cas concret sont ou non arbitraires. Sur ce plan également, le Tribunal fédéral s'est imposé une réserve certaine[127].

b) Actuellement, les principales difficultés de délimitation du droit fédéral par rapport à la procédure cantonale semblent largement résolues. Un équilibre a pu être trouvé entre la nécessité d'assurer l'application effective du droit matériel et le respect de la compétence cantonale en la matière.

c) Paradoxalement, et mis à part les efforts d'adaptation des cantons, les empiétements que la jurisprudence opère sur le droit cantonal ont contribué à en assurer la sauvegarde, car ils ont évité que l'unité du droit de fond ne souffre de la disparité des procédures.

d) Dans ces conditions, nous restons persuadés que l'unification de la procédure ne se justifie pas. A l'heure où des voix s'élèvent pour soutenir que les règles spécifiquement cantonales ne contiennent pas des valeurs immatérielles propres[128], il convient de réaffirmer que «la procédure reflète en réalité les conceptions mêmes d'un peuple, l'idée qu'il se fait de la justice»[129].

III. La violation du droit étranger

A. Remarques générales

31. Sous réserve de l'art. 65 OJ, l'application du droit étranger échappe au pouvoir de révision du Tribunal fédéral en vertu de

[127] Voir par exemple: RO 99 Ia 360; RO 97 I 6 et 2, JT 1972 I 599 et 2; RO 92 I 83 et 11, JT 1967 I 263 et 118; RO 87 I 105, JT 1962 I 132; RO 87 I 4, JT 1961 I 359; RO 86 I 6, JT 1960 I 532; RO 83 I 9, JT 1958 I 486. Seuls les considérants de l'arrêt RO 98 Ia 141, JT 1972 I 564, nous paraissent aller un peu loin, mais il s'agit probablement d'un cas d'espèce.

[128] Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, vol. VI, p. 428/29 et 810.

[129] PHILIPPE MERCIER, Le jugement par défaut en procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1974, p. 87 ss, spéc. p. 99, dont les arguments sont convaincants, car ils ne reposent pas sur de simples affirmations mais sur une véritable démonstration de ce point de vue dans un cas concret.

l'art. 43 OJ. Cette règle apparemment simple a pourtant soulevé de délicates questions d'interprétation, qui sont loin d'être résolues à l'heure actuelle. La doctrine, et plus particulièrement les spécialistes du droit international, se sont attachés à ce problème, qui a également suscité plusieurs monographies[130]. Il convient de se placer à deux points de vue distincts.

Tout d'abord, *en droit positif,* la doctrine a justement critiqué la jurisprudence, dont les solutions sont peu satisfaisantes et souvent fluctuantes, ainsi que nous le verrons ci-après. Jusqu'à une période récente en tout cas, ces critiques n'ont été que fort peu suivies. De plus, cette jurisprudence n'est pas exempte de contradictions. En fait, il semble que notre Cour suprême ait presque érigé en dogme le principe du non-examen du droit étranger. Nous aurons encore l'occasion de voir que, poussée à l'extrême, l'application de l'art. 43 OJ met parfois en péril l'unité du droit fédéral, ce qui est à l'opposé de la fonction que doit remplir le recours en réforme[131]. L'explication est peut-être la suivante. Il existe un parallélisme apparent entre le non-examen du droit cantonal et du droit étranger par le Tribunal fédéral, que l'on tire du même art. 43 OJ[132]. Pourtant, les motifs de limiter la compétence du Tribunal fédéral ne sont pas identiques. Le droit cantonal de procédure spécialement reste placé dans la compétence des cantons par l'art. 64 al. 3 Cst., un empiétement du droit fédéral ne se justifiant que s'il est indispensable pour assurer la bonne exécution du droit de fond. A cet égard, l'application stricte de l'art. 43 OJ se justifie. En revanche, le législateur aurait pu adopter une solution différente pour le droit étranger, qu'il a soustrait à l'examen du Tribunal fédéral pour des motifs qui ressortissent largement à l'opportunité[133]. Ici, la réserve que notre Cour suprême s'impose par rapport au droit cantonal ne se justifie plus. Il convient de fixer de

[130] Voir notamment les ouvrages de GENTINETTA et ENGELAND cités dans la bibliographie ci-dessous.

[131] Cf. par exemples n°s 34, 41 et 42 ci-dessous.

[132] Cf. n°s 3 et 10 ci-dessus. Dans notre sens: GENTINETTA, p. 52 et 64; FRITZSCHE, p. 263 a ss, spéc. p. 267/68 a.

[133] Cf. n° 47 ci-dessous.

manière objective et non pas *a priori* restrictive, les limites du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral quant au droit étranger par opposition aux questions de droit fédéral.

En second lieu, nous devrons nous demander si, en *droit désirable,* l'art. 43 OJ ne devrait pas être modifié pour permettre au Tribunal fédéral de revoir de manière générale l'application du droit étranger par la juridiction cantonale.

32. En abordant notre problème, il est de bon ton d'évoquer l'interpénétration des économies nationales et les nombreuses relations que la Suisse surtout entretient avec d'autres pays, vouée qu'elle est à l'exportation des produits qu'elle fabrique. De plus, chacun sait que de très nombreux étrangers sont établis chez nous. Or, lorsqu'un litige comporte des éléments de rattachement extérieurs à la Suisse, notre droit international privé déclare fréquemment que le droit étranger est applicable. Il nous a dès lors paru intéressant de déterminer au moins approximativement combien d'affaires susceptibles de recours en réforme étaient tranchées chaque année dans les cantons en application du droit étranger (l'art. 43 OJ étant, bien entendu, mis à part). La plupart des tribunaux supérieurs des cantons ont bien voulu nous renseigner et nous tenons à les en remercier ici. Sur la base de ces réponses, nous pouvons estimer à 35 par an environ les jugements cantonaux selon le droit étranger, contre lesquels un recours en réforme au Tribunal fédéral pourrait être recevable. Ce chiffre ne comprend pas les décisions de première instance, contre lesquelles les parties n'ont pas recouru sur le plan cantonal, le recours en réforme étant alors irrecevable selon l'art. 48 OJ. Nous n'avons pas non plus tenu compte de l'application du droit étranger en matière de divorce selon l'art. 7h LRDC. Il est certain que notre statistique devrait alors être remaniée, cette disposition entrant très souvent en ligne de compte. Il s'agit cependant d'un cas particulier, le divorce d'époux étrangers étant prononcé selon la loi suisse, lorsqu'il est admissible selon l'art. 7h LRDC[134].

Quoi qu'il en soit, et vu les considérations générales qui précè-

[134] Cf. n° 38 ci-dessous.

dent, le chiffre indiqué ci-dessus nous a surpris. Même si beaucoup de litiges à caractère international sont tranchés par la voie de l'arbitrage, nous nous attendions à ce qu'en application du droit étranger, les tribunaux cantonaux rendent davantage de jugements susceptibles de recours en réforme (si l'art. 43 OJ le permettait). Nous essayerons plus loin de donner une explication à cette constatation[135].

B. La détermination du droit applicable

a) Le principe

33. Le droit international privé suisse dans son entier constitue du droit fédéral au sens de l'art. 43 OJ. Le Tribunal fédéral doit donc revoir son application par les tribunaux cantonaux. Plus particulièrement, le recours en réforme est recevable pour violation des règles de conflit *(Kollisionsnormen)*: sous réserve de la question du choix entre deux droits étrangers, le Tribunal fédéral rappelle dans une jurisprudence constante qu'il lui appartient d'examiner *d'office* si le droit suisse ou le droit étranger est applicable au litige[136]. Le droit fédéral peut être violé de deux manières: par l'application du droit étranger au lieu du droit suisse, ou par l'application du droit suisse à la place du droit étranger. A part la réserve précitée, cette jurisprudence ne peut être qu'approuvée. Notre problème est cependant loin d'être ainsi résolu. En effet, la détermination du droit applicable passe souvent par la solution de diverses questions telles que la qualification, le renvoi, l'ordre public, ...; à chacune de ces étapes, le droit étranger est susceptible d'entrer en ligne de compte. Lorsqu'il est ainsi appliqué, nous devrons nous demander si le Tribunal fédéral doit ou non revoir son application dans le cadre de son examen de la fixation du droit applicable.

[135] Cf. n°s 41 et 42 ci-dessous.

[136] RO 100 II 37; RO 100 II 20, JT 1974 I 357; RO 96 II 87, JT 1971 I 336; RO 94 II 358, JT 1970 I 37; RO 94 II 302; RO 78 II 77; RO 77 II 274 et 189, JT 1952 I 311 et 171; RO 72 II 405, JT 1947 I 400.

b) Le choix entre deux droits étrangers

34. En principe, le Tribunal fédéral refuse d'examiner si la juridiction cantonale a justement déterminé le droit applicable parmi plusieurs droits étrangers entrant en considération[137]. Il a tout d'abord justifié sa position en indiquant qu'il s'agissait d'une question préjudicielle dans un domaine échappant à sa compétence. Dans son arrêt le plus récent[138], il va jusqu'à affirmer que ce problème ne ressortit pas au droit fédéral. Cette jurisprudence a suscité les critiques unanimes et justifiées de la doctrine[139]. En premier lieu, tout le droit international privé suisse constitue du droit fédéral et le point de vue contraire émis par le Tribunal fédéral dans sa dernière décision est incompréhensible: le choix entre deux droits étrangers dépend à la base de la règle de conflit fédérale; on ne voit pas que la question doive être résolue en application du droit étranger (lequel?) ou du droit cantonal. En second lieu, il est erroné de refuser d'entrer en matière en déclarant qu'il s'agit d'une question préjudicielle à un litige qui n'est pas de droit fédéral. En effet, la loi d'organisation judiciaire pose clairement les conditions de recevabilité (contestation civile, valeur litigieuse, décision finale, ...). Lorsque ces conditions sont remplies, toute violation du droit fédéral peut être corrigée par le recours en réforme, comme le rappelle le Message du Conseil fédéral relatif à la loi de 1943[140]. Ce principe est du reste conforme au but de ce recours, qui est d'assurer l'unité du droit fédéral. La jurisprudence critiquée va en sens contraire, puisqu'elle laisse aux seuls cantons le soin d'appliquer les normes du droit international privé fédéral dans l'hypothèse que nous étudions.

[137] RO 98 II 237, JT 1974 I 82; RO 91 II 125, JT 1965 I 637; RO 77 II 91, JT 1952 I 101; RO 67 II 217, JT 1942 I 115; RO 64 II 92, JT 1938 I 486. Au RO 67 II 217, JT 1942 I 115, le Tribunal fédéral résoud malgré tout la question par un détour.

[138] RO 98 II 237, JT 1974 I 82.

[139] GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 562; NIEDERER, p. 351; VISCHER, Kodifikation, p. 102/103 et Bemerkungen, p. 36; SCHNITZER, Bd. II, p. 869/70; VON STEIGER, p. 104; GENTINETTA, p. 61/62; ENGELAND, p. 142/43.

[140] FF 1943 I, p. 123.

Il faut enfin relever que dans ses deux arrêts les plus récents, le Tribunal fédéral a déclaré vouloir faire une exception lorsque le droit étranger doit être déterminé préjudiciellement pour qu'une question principale relevant du droit fédéral puisse être jugée. En fait, on ne voit pas bien quelle est la portée de cette règle. Dans un cas, elle aurait dû conduire le Tribunal fédéral à choisir entre les deux droits étrangers entrant en ligne de compte, contrairement à la solution de l'arrêt[141]. Dans le second, il ne s'agissait en réalité pas tant de déterminer le droit applicable que, par exception, d'appliquer le droit étranger à une question préjudicielle[142].

c) La qualification

35. Les règles de conflit font nécessairement appel à certaines notions juridiques. «Le juge est ainsi amené à examiner sous quelle notion de droit international privé il convient de faire rentrer la question qui se pose.»[143] Le problème de la qualification devient aigu lorsque «les ordres juridiques entrant en ligne de compte conçoivent et caractérisent différemment les institutions et rapports de droit découlant du litige»[143bis].

Plusieurs théories ont été avancées pour résoudre ce problème. Lors de l'application des règles de conflit suisses, le choix entre les différentes solutions proposées est une question de droit fédéral, que notre Cour suprême doit trancher. Le Tribunal fédéral a en principe adopté la théorie dite de la «lex fori» et qualifie donc le rapport juridique litigieux selon le droit suisse. Dès lors, dans le cadre du recours en réforme, il examine normalement si la qualification donnée par la juridiction cantonale, selon le droit fédéral,

141 RO 98 II 237, JT 1974 I 82.

142 RO 91 II 125, JT 1965 I 637. Sur cet arrêt, cf. n° 44 ci-dessous. Au RO 67 II 217, JT 1942 I 115, où la question principale était régie par le droit étranger, le Tribunal fédéral en est finalement malgré tout arrivé à fixer lequel des deux droits étrangers en cause était applicable pour dire si l'ordre public suisse s'opposait à son application!

143 VISCHER, Droit international privé, p. 16.

143bis ibidem.

est ou non correcte[144]. La jurisprudence fait cependant exception lorsque le fond du litige est en tout état de cause régi par le droit étranger[145]. Cette réserve ne nous convainc pas, pour les motifs que nous venons d'exposer à propos du choix entre deux droits étrangers entrant en ligne de compte pour résoudre la contestation.

Tout en qualifiant selon la «lex fori», il peut arriver que le juge doive transposer dans le droit matériel du for certaines dispositions ou conceptions juridiques du droit étranger que notre ordre juridique ignore. La juridiction cantonale tient alors compte du droit étranger dans la mesure nécessaire pour l'insérer dans les concepts du droit suisse. En pareil cas, il nous paraît difficile de dissocier ce qui est application du droit suisse et ce qui relève du droit étranger. Le Tribunal fédéral devrait alors revoir l'ensemble du problème, y compris ce qui touche ainsi au droit étranger[146]. Peut-être faut-il voir un indice en faveur de cette thèse dans un arrêt où il s'agissait de dire, selon le droit suisse, si une règle juridique étrangère appartenait au droit public ou droit privé, indépendamment de sa qualification selon le droit étranger; le recours en réforme a été déclaré recevable sur ce point[147]. Cette tendance paraît confirmée dans un arrêt où le Tribunal fédéral a dû appliquer le droit suisse à un trust[148].

d) Le renvoi

36. Le problème du renvoi est loin d'être élucidé en doctrine et en jurisprudence. Nous ne pouvons ici l'examiner sous tous ses aspects[149]. Précisons que nous incluons dans ce cadre la règle spéciale

144 RO 96 II 88, JT 1971 I 336/7; RO 88 II 473 et 327, JT 1963 I 351 et 156; RO 79 II 94, JT 1954 I 73; RO 76 II 35, JT 1950 I 490. Cf. aussi GENTINETTA, p. 17 ss et ENGELAND, p. 23/24.

145 RO 67 II 218, JT 1942 I 116.

146 Cf. ENGELAND, p. 24, citant la pratique allemande. Sur ce problème en général, VISCHER, Droit international privé, p. 17 ch. 3.

147 RO 79 II 93, JT 1954 I 73.

148 RO 96 II 88, JT 1971 I 336.

149 Sur la question en général: VISCHER, Droit international privé, p. 18 ss. Sur ce problème par rapport à l'art. 43 OJ, voir spécialement l'étude fouillée d'ENGELAND, p. 47 ss.

de l'art. 28 ch. 2 LRDC, qui touche aux relations des Suisses de l'étranger quant au droit des personnes, au droit de famille et au droit successoral, alors même que la conception dogmatique de cette disposition est controversée[150]; rappelons que, selon l'art. 28 ch. 2 LRDC, si les Suisses de l'étranger sont soumis à la législation de l'Etat de leur domicile, c'est le droit et le for de ce domicile qui s'appliquent.

Au point de vue de l'art. 43 OJ, le Tribunal fédéral revoit sur ce plan la portée des règles de conflit suisses. Autrement dit, il examine si le renvoi à un droit étranger doit être compris uniquement comme un renvoi aux règles matérielles (Sachnormverweisung) ou s'il englobe aussi les règles de conflit de ce droit étranger (Gesamtverweisung)[151]. C'est ainsi, en particulier, qu'il est amené à préciser la portée des art. 8, 28 ch. 2 LRDC et 31 LRDC. Il semble même, mais la jurisprudence ne s'est pas prononcée expressément sur ce point, que le Tribunal fédéral aurait tendance à fixer ainsi la portée de nos règles de conflit, que le droit international privé étranger renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger (renvoi au second degré)[152]. Cela nous paraît exact, puisqu'il s'agit ici d'interpréter la portée du droit international privé suisse; rappelons toutefois qu'en principe, le Tribunal fédéral se refuse à entrer en matière lorsqu'il s'agit de déterminer lequel de deux droits étrangers est applicable.

Une fois que la portée du renvoi selon le droit suisse est élucidée, le juge est appelé à appliquer le droit matériel étranger (Sachnormverweisung) et, le cas échéant, le droit international privé étranger, lorsqu'on admet qu'il y a «Gesamtverweisung». Dans cette hypothèse, tout au moins lorsqu'il prend expressément position, le Tribunal fédéral se refuse à revoir l'application que le juge cantonal a faite du droit étranger et, plus particulièrement, des règles de con-

150 VISCHER, Droit international privé, p. 38 ss.

151 RO 99 II 252, JT 1974 I 238; RO 81 II 393, JT 1956 I 250; RO 81 II 18, JT 1955 I 522; RO 78 II 201, JT 1953 I 99; RO 77 II 115, JT 1952 I 232. GENTINETTA, p. 21 ss; JAGMETTI, Anwendung, p. 256/57; ENGELAND, p. 47 ss.

152 Cf. RO 99 II 252, JT 1974 I 238; RO 81 II 395, JT 1956 I 252 ch. 3; RO 80 I 434, JT 1955 I 572. ENGELAND, p. 53 ss.

flit étrangères[153]. Dans plusieurs arrêts toutefois, il n'a pas hésité à appliquer lui-même le droit international privé étranger; il est toutefois difficile de savoir, faute d'indications suffisantes, si le Tribunal fédéral a simplement appliqué le droit étranger dont la juridiction cantonale n'avait pas tenu compte, comme l'art. 65 OJ lui en donne la faculté, ou s'il a exceptionnellement revu l'interprétation du droit étranger par l'autorité cantonale[154]. Quoi qu'il en soit, nous pensons que, dans ce cadre précis, le Tribunal fédéral devrait revoir le droit étranger: d'une part, l'application correcte du droit interne en dépend et il est pratiquement impossible de dissocier l'application des règles de conflit suisses de celles du droit étranger; d'autre part, la norme suisse elle-même se réfère expressément au droit étranger[155].

e) L'ordre public

37. Selon une jurisprudence constante, qui ne peut être qu'approuvée, la réserve de l'ordre public est une notion de droit fédéral, qui fait partie du droit international privé suisse. Dans le recours en réforme, le Tribunal fédéral revoit donc si l'application d'une règle de droit étranger désignée par la règle de conflit suisse heurte de manière intolérable les conceptions de notre ordre juridique[156]. Dans les litiges de droit cantonal toutefois, la question de l'ordre public relève également de ce droit[157].

Avant que d'examiner la clause d'ordre public, le juge doit cependant établir préalablement le contenu du droit étranger applicable au fond du litige. Sinon, il lui est logiquement impossible de

[153] RO 77 II 117, JT 1952 I 233; RO 75 II 283, JT 1950 I 324; RO 62 II 267, JT 1937 I 134; RO 54 II 159, JT 1928 I 501; RO 44 II 455/6, JT 1919 I 96.

[154] RO 99 II 253, JT 1974 I 239; RO 91 II 461, JT 1967 I 69; RO 81 II 19, JT 1955 I 523; RO 72 III 104, JT 1947 I 216; RO 66 II 236, JT 1941 I 141; RO 63 II 5, JT 1937 I 499; RO 53 II 93, JT 1927 I 518.

[155] STAUFFER, rem. 24 ad art. 28; NIEDERER, p. 354; W. VON STEIGER, p. 111; VISCHER, Bemerkungen, p. 35; JAGMETTI, Anwendung, p. 257 ss.

[156] RO 94 II 302; RO 93 II 381, JT 1968 I 341; RO 79 II 92, JT 1954 I 71; RO 76 III 65; RO 72 II 410, JT 1947 I 400; RO 68 II 209, JT 1943 I 49; RO 67 II 218, JT 1942 I 116.

[157] RO 76 II 249.

le comparer avec les principes fondamentaux du droit suisse. En règle générale, le Tribunal fédéral ne revoit pas l'interprétation que la juridiction cantonale donne ainsi du droit étranger[158]. Cela serait pourtant souhaitable, dans la mesure où l'application régulière de la réserve de l'ordre public présuppose que le droit étranger a été correctement déterminé et où la règle de droit international privé suisse en cause n'a de sens que par rapport à lui[159].

f) Le divorce des étrangers (art. 7h LRDC)

38. Selon l'art. 7h LRDC, les étrangers domiciliés en Suisse peuvent y divorcer (ou demander la séparation de corps) pour autant qu'ils établissent que leur droit national reconnaît tant la cause de divorce que la juridiction suisse[160]. L'interprétation de cette disposition est fort importante, car, en pratique, les divorces d'étrangers en Suisse sont nombreux. La juridiction cantonale est en effet amenée à appliquer le droit étranger dans le cadre de l'art. 7h LRDC. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit-il ou non revoir la décision cantonale sur ce point?

Nous pensons pouvoir examiner cette question ici, car la compétence des tribunaux suisses n'est fondée que si une réponse positive est donnée aux deux conditions posées par l'art. 7h LRDC. Dans ce cas, le divorce est alors prononcé selon le droit suisse.

Dans une pratique constante, le Tribunal fédéral revoit la décision cantonale sur le point de savoir si, selon la loi et la jurisprudence du pays d'origine, la compétence des tribunaux suisses est reconnue[161]. En revanche, la jurisprudence est beaucoup plus fluc-

[158] RO 79 II 90, JT 1954 I 70; RO 76 III 66; RO 68 II 212, JT 1943 I 51; RO 63 II 310, JT 1938 I 111. *Contra:* RO 38 II 734. Cf. aussi RO 64 II 107, JT 1938 I 498.

[159] NIEDERER, p. 354; HANS LEWALD, Kollisionsfrage und revisio in iure, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel 1942, p. 224–226.

[160] On sait que depuis l'arrêt *Cardo,* RO 94 II 65, JT 1969 I 50, il suffit que la partie demanderesse fasse cette preuve pour sa loi nationale, sans égard au droit du pays d'origine de son conjoint défendeur.

[161] RO 99 II 3; RO 94 II 74, JT 1969 I 59; RO 84 II 481; RO 79 II 8, JT 1954 I 326; RO 75 II 99, JT 1949 I 623; RO 73 II 138, JT 1948 I 42; RO 73 II 94, JT 1947 I 523; RO 58 II 191 et 186; RO 57 II 455, JT 1932 I 541; RO 57 II 241, JT 1931 I 398; RO 54 II 230, JT 1929 I 108; RO 43 II 283, JT 1917 I 605.

tuante sur l'admission de la cause de divorce selon le droit étranger. Au début, le Tribunal fédéral a examiné comme point de droit fédéral au sens de l'art. 43 OJ le jugement cantonal quant à l'admission de la cause de divorce selon le droit étranger en cause[162]. Puis, changeant sa position, il s'est déclaré lié par l'interprétation du juge cantonal sur ce point de droit étranger, le renvoi de l'art. 7h LRDC à cette législation n'ayant pas pour effet de l'incorporer au droit fédéral[163]. Dans un arrêt ultérieur, il est revenu implicitement à sa jurisprudence antérieure[164], avant de reconfirmer qu'il n'entendait pas entrer en matière[165].

On remarquera d'abord que le Tribunal fédéral n'explique pas pourquoi son pouvoir d'examen serait différent selon que l'une ou l'autre des conditions de l'art. 7h LRDC est en cause. A notre avis, le Tribunal fédéral devrait revoir la décision cantonale appliquant le droit étranger pour déterminer si celui-ci admet la cause de divorce invoquée et reconnaît la juridiction suisse, car il s'agit de contrôler par là si la norme de droit international privé fédéral n'a pas été violée[166]. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral résulte du but de la règle de conflit, qui est d'assurer à l'étranger la reconnaissance du jugement suisse. Enfin, l'unité même du droit fédéral, qui fixe les conditions auxquelles les étrangers peuvent divorcer en Suisse, est mise en péril si les ressortissants d'un pays donné voient leur action aboutir ou être rejetée selon la jurisprudence qui se développe dans chaque canton quant à l'interprétation de leur droit national.

g) Election de droit

39. Dans le droit international des contrats, il est en général reconnu que les parties peuvent à certaines conditions fixer elles-

[162] RO 43 II 283, JT 1917 I 605; RO 54 II 229, JT 1929 I 107; RO 57 II 455, JT 1932 I 541; RO 58 II 188.

[163] RO 73 II 139, JT 1948 I 43.

[164] RO 94 II 74, JT 1969 I 58.

[165] RO 99 II 3. L'arrêt *F. c. F.*, du 2 mai 1974, déclare laisser la question indécise: JT 1975 I 246.

[166] STAUFFER, rem. 28 ad art. 7 h; SCHNITZER, Bd. II, p. 870; W. VON STEIGER, p. 111; VISCHER, Bemerkungen, p. 35; FRITZSCHE, in ASDI 1948, V, p. 226.

mêmes le droit applicable à leurs relations juridiques, même en cours de procédure. L'élection de droit est donc considérée comme un critère autonome de rattachement. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit déterminer le droit applicable et revoit si l'élection de droit est admissible en l'espèce et si les conditions en sont réalisées. Comme il s'agit de modifier le jeu normal des règles de conflit suisses, la question relève bien du droit fédéral au sens de l'art. 43 OJ, ce qui résulte implicitement de toute la jurisprudence rendue dans ce domaine. Le Tribunal fédéral l'a du reste à l'occasion précisé expressément[167].

h) Résumé

40. Le processus de détermination du droit applicable constitue un tout. En appliquant le droit international privé fédéral qui régit cette question, le juge peut néanmoins être amené par le jeu même des règles de conflit suisses à recourir au droit étranger. A notre avis, le contrôle de l'application du droit fédéral par le Tribunal fédéral implique alors que celui-ci revoie le droit étranger, dans la mesure où il conditionne ainsi la mise en œuvre correcte du droit suisse[168].

C. Règles cantonales de procédure relatives à l'application du droit étranger

41. Lorsque la règle de conflit fédérale désigne un droit étranger, celui-ci est cependant loin d'être appliqué dans tous les cas. En effet, les procédures ou la pratique cantonales contiennent des règles qui, sous des formes diverses, en arrivent à exclure très souvent l'application de ce droit étranger en faveur du droit suisse. Ces dispositions cantonales prévoient notamment que la partie invoquant

[167] RO 93 II 381, JT 1968 I 341; RO 91 II 446, JT 1966 I 341; RO 91 II 46, JT 1965 I 566. Sur cette jurisprudence en général: VISCHER, Droit international privé, p. 174ss; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, vol. V/1a (3. Aufl. 1973), Allgemeine Einleitung, rem. 195ss.

[168] NIEDERER, p. 354; VISCHER, Bemerkungen, p. 35; W. VON STEIGER, p. 111.

le droit étranger doit le prouver, que le juge peut exiger la preuve du droit étranger ou que celui-ci n'est appliqué d'office que s'il est connu de la juridiction cantonale[169]. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies et qu'en particulier, les parties n'établissent pas le contenu du droit étranger, l'autorité cantonale applique en lieu et place le droit fédéral.

Le Tribunal fédéral a admis la validité de ces règles, la procédure cantonale étant habilitée à fixer comment le droit étranger doit être appliqué et l'emportant donc à cet égard sur les normes fédérales de détermination du droit applicable[170]. Notre Cour suprême a simplement réservé les cas où l'application du droit étranger est prescrite de façon impérative par une convention internationale ou une disposition interne telle que l'art. 7h LRDC; dans cette dernière hypothèse, la partie demanderesse doit établir le contenu du droit étranger, sous peine de voir son action rejetée[171].

42. Cette jurisprudence a été abondamment critiquée par la doctrine, à juste titre du reste[172]. En effet, normalement, le droit étranger devrait être appliqué d'office, comme le droit suisse[173]. Les normes étrangères constituent du droit et non pas un fait, soumis à la preuve; les règles de conflit fédérales y renvoient du reste comme tel. On ne saurait non plus justifier la pratique cantonale en relevant que le droit international privé suisse n'est en général pas d'ordre public, car le droit dispositif lie *le juge* au même titre que le droit impératif. En réalité, force est de constater que, derrière ces règles cantonales, se cache une solution de facilité permettant

[169] Pour plus de détails sur ces règles cantonales: ENGELAND, p. 35ss et BENOIT VOUILLOZ, Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger, Fribourg 1964.

[170] RO 95 II 122, JT 1970 I 239; RO 92 II 117, JT 1967 I 52; RO 80 II 180; RO 76 III 64; RO 67 II 180, JT 1942 I 120; RO 61 II 19, JT 1935 I 490; RO 60 II 433, JT 1935 I 370. – Voir aussi STAUFFER, rem. 7 ad art. 2.

[171] Voir par exemple: RO 92 II 116, JT 1967 I 52; RO 79 II 8, JT 1954 I 326.

[172] VISCHER, Kodifikation, p. 104/105; SCHNITZER, Bd. I, p. 192ss; W. VON STEIGER, p. 110/11; NIEDERER, p. 344/45; MAX GUTZWILLER, in ASDI 1957, XIV, p. 271/72; FRITZSCHE, in ASDI 1956, XIII, p. 268; W. STAUFFER, Internationales Vertragsrecht und Rechtsberufung im Prozeß, RSJ 1974, p. 185; GENTINETTA, p. 12/13, 47ss, 54ss; ENGELAND, p. 112ss.

[173] Cf. n° 17 ci-dessus.

d'éviter les difficultés d'ordre pratique résultant de l'application du droit étranger, qui est normalement moins connu du juge du for que son droit national. Mais une telle conception est insoutenable, car elle est la négation même du droit international privé. Il est vrai que, dans un arrêt, le Tribunal fédéral a affirmé que l'application du droit étranger était une exception[174]. A notre avis, au contraire, le droit étranger désigné par la règle de conflit suisse devrait être en principe appliqué chaque fois que cela est possible. Sinon, on en arrive à des décisions pour le moins surprenantes. Ainsi, dans un arrêt où il s'agissait de déterminer si la Banque nationale polonaise était une personne morale selon le droit de ce pays, le Tribunal fédéral s'est abstenu de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour examen de cette question, car le droit suisse, censé équivalent au droit polonais, aurait de toute façon été appliqué[175]. Ou encore, dans un autre arrêt, on peut lire qu'il se justifie d'appliquer le droit suisse à la place du droit français, insuffisamment connu du juge suisse[176]; si tel est le cas, dans quelle hypothèse appliquera-t-on encore le droit étranger? Dès lors, les résultats de notre enquête s'expliquent également[177]. Si le droit étranger est si peu appliqué par rapport aux situations où le droit fédéral l'imposerait, cela est dû aux règles cantonales, qui, à cet égard, le paralysent.

En fait, on peut avec la doctrine disputer pour savoir si l'application d'office du droit étranger se déduit ou non des art. 2 al. 2 et 32 LRDC. Quoi qu'il en soit, les règles de conflit fédérales mêmes nous semblent l'imposer. Si le droit international privé fédéral détermine quand le droit étranger est applicable, lui seul peut dire à quelles conditions on peut exceptionnellement renoncer à son application. Et même si ce problème relevait en principe de la procédure, il incomberait néanmoins à la jurisprudence de poser une règle fédérale par voie d'empiétement, tant il est vrai que cela

[174] RO 92 II 123, JT 1967 I 57, critiqué sur ce point par VISCHER, in ASDI 1966, XXIII, p. 251 ss et W. VON STEIGER, p. 108/109.

[175] RO 76 III 64.

[176] RO 60 II 324, JT 1935 I 330.

[177] Cf. n° 32 ci-dessus.

serait le seul moyen d'assurer la mise en œuvre efficace et l'application uniforme des règles de conflit fédérales.

Nous ne voulons pas méconnaître par là les difficultés pratiques d'application du droit étranger, souvent mal connu du juge suisse en dépit de toutes ses recherches. Il ne s'agit donc pas d'appliquer toujours et nécessairement le droit étranger: autant, en dernier ressort, recourir au droit suisse que d'appliquer un droit étranger qu'en fait on ne connaît pas. Mais nous pensons qu'il incombe au droit fédéral de poser les principes en la matière et de prescrire que, dans toute la mesure du possible, le droit étranger doit être appliqué d'office; le juge essayera sérieusement d'en établir le contenu, ce qui n'exclut pas, bien au contraire, que les parties soient tenues de collaborer à cette recherche à peine de rejet de leurs prétentions. Si l'on ne veut pas en arriver là, il vaut mieux poser ouvertement la question de l'utilité de règles de conflit fédérales: à quoi bon tant d'efforts lors de la détermination du droit applicable, pour en arriver malgré tout à recourir la plupart du temps au droit suisse, même si le droit étranger est désigné par la règle de conflit. Ne serait-il pas plus logique de modifier celle-ci afin d'arriver directement à l'application de la lex fori? Nous ne le proposons pas, mais la question mérite d'être posée si la jurisprudence critiquée ne devait pas être abandonnée.

43. Il arrive donc fréquemment que le droit fédéral soit appliqué en lieu et place du droit étranger inconnu du juge suisse. Dans une jurisprudence qui s'est perpétuée durant plus de septante ans, le Tribunal fédéral avait jugé que le droit fédéral s'appliquait alors comme droit étranger présumé, avec lequel il était censé être identique. Le recours en réforme était donc irrecevable. En 1966, et suite aux critiques de la doctrine, cette fiction a été fort heureusement abandonnée. La jurisprudence a en effet reconnu que, dans cette hypothèse, le juge mettait en œuvre le droit fédéral comme tel, faute de connaissance suffisante du droit étranger, et qu'en conséquence, le recours en réforme était ouvert[178].

[178] RO 92 II 115, JT 1967 I 50, avec les références à la doctrine et à la jurisprudence antérieures. De même: RO 95 II 122, JT 1970 I 239.

D. Le contrôle de l'application du droit étranger par le Tribunal fédéral

a) Droit positif

44. Lorsque les règles de conflit fédérales désignent le droit étranger, le Tribunal fédéral n'est, en droit positif, pas compétent pour revoir son application par les tribunaux cantonaux. Il n'est pas douteux que le recours en réforme est irrecevable, sous réserve de l'art. 65 OJ[179]. Il n'y aurait guère d'utilité à citer ici toutes les décisions dans lesquelles la jurisprudence a confirmé ce principe.

En revanche, nous devons examiner si le Tribunal fédéral n'a pas exceptionnellement dérogé à cette règle, tout au moins implicitement. A cet égard, l'analyse des arrêts n'est pas aisée[180]. En effet, lorsque le Tribunal fédéral applique le droit étranger, il n'est pas toujours facile de savoir s'il use de la faculté que lui confère l'art. 65 OJ ou si, exceptionnellement, il fait une entorse au principe général, en revoyant l'interprétation du droit étranger par l'autorité cantonale. Nous pensons que, dans quelques cas à vrai dire peu nombreux, le Tribunal fédéral a procédé par exception à un tel contrôle. Ainsi, notre Cour suprême s'est à l'occasion préoccupée de questions préjudicielles de procédure touchant au droit étranger: pour voir si, selon le droit suisse, un jugement de divorce allemand devait être reconnu, il a interprété les règles allemandes de compétence[181]; de même, pour juger de la recevabilité d'une action touchant aux effets accessoires d'un divorce prononcé à l'étranger[182]. Normalement, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les questions préjudicielles touchant au fond du litige, notamment lorsqu'il s'agit d'examiner selon le droit étranger si une partie a la personnalité juridique[183]. Dans un cas, tout en

[179] Message du Conseil fédéral à l'appui d'une nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 9 février 1943, FF 1943 I, p. 124/25. GENTINETTA, p. 52/53.

[180] Voir l'analyse détaillée d'ENGELAND, p. 57 ss.

[181] RO 99 II 7, JT 1973 I 584.

[182] RO 90 II 354, JT 1965 I 106; *contra:* RO 62 II 267, JT 1937 I 134.

[183] RO 79 II 90, JT 1954 I 70; RO 76 II 374, JT 1951 I 394; RO 73 II 131, JT 1948 I 152; cf. aussi RO 42 II 413, JT 1917 I 124.

prétendant exceptionnellement déterminer lequel de deux droits étrangers était applicable, il a en fait interprété le droit étranger pour régler cette question[184]. Dans ce contexte, mentionnons encore que le Tribunal fédéral revoit le droit étranger lorsque, dans une convention, les parties ne se sont pas contentées de soumettre leurs relations à ce droit mais en ont fait une partie intégrante de leur contrat[185]. Enfin, alors même que le droit suisse est applicable, il convient de statuer parfois sur la portée d'institutions étrangères auxquelles les parties se sont référées pour, en quelque sorte, les insérer ou les «traduire» dans les concepts de l'ordre juridique suisse[186].

45. L'art. 65 OJ permet exceptionnellement au Tribunal fédéral d'appliquer le droit étranger et de statuer directement pour éviter un renvoi de la cause à la juridiction cantonale. Trois conditions sont exigées. Le droit étranger doit être applicable concurremment avec le droit fédéral et non pas à titre exclusif. Il faut que ce droit étranger n'ait pas été appliqué par l'autorité cantonale, l'art. 65 OJ ne concernant pas la fausse application des règles juridiques étrangères. Enfin, le Tribunal fédéral n'use de cette faculté que s'il dispose des éléments nécessaires pour appliquer le droit étranger de manière sûre[187].

46. Fréquemment, le Tribunal fédéral constate que le juge cantonal a appliqué de manière erronée le droit suisse au lieu du droit étranger. Mis à part le cas de l'art. 65 OJ, la cause devrait normalement être renvoyée à la juridiction cantonale pour nouveau jugement selon le droit étranger. Très longtemps, le Tribunal fédéral s'en est abstenu lorsque l'autorité cantonale avait déclaré à titre subsidiaire que sa décision serait la même selon le droit étranger

184 RO 91 II 125, JT 1965 I 637.

185 RO 74 II 85, JT 1949 I 50.

186 RO 96 II 87, JT 1971 I 335; RO 95 II 217, JT 1970 I 277. Voir aussi n° 35 in fine ci-dessus.

187 RO 96 II 87, JT 1971 I 336; RO 93 II 362, JT 1968 I 376; RO 90 II 119, JT 1964 I 379; RO 87 II 274, JT 1962 I 381; RO 76 III 64; RO 73 II 139, JT 1948 I 43.

ou s'il apparaissait que, de toute façon, le droit suisse serait malgré tout appliqué, faute de connaissance suffisante du droit étranger[188]. Cette jurisprudence a été justement modifiée et, en pareil cas, l'affaire est maintenant renvoyée aux tribunaux cantonaux. Sinon, les parties risquent d'être privées du recours prévu le cas échéant par le droit cantonal pour fausse application du droit étranger, puis du recours de droit public de l'art. 4 Cst. fondé sur l'arbitraire[189].

b) Droit désirable

47. Dans sa majorité, la doctrine est favorable à une modification de l'art. 43 OJ, pour charger, de manière générale, le Tribunal fédéral du contrôle de l'application du droit étranger par les tribunaux cantonaux[190]. Lors de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire en 1943, les propositions émises dans ce sens ont toutefois été expressément rejetées[191]. Il semble qu'en Europe, les Cours suprêmes ne soient la plupart du temps pas non plus chargées de cette tâche, bien que dans plusieurs pays, l'autorité judiciaire supérieure revoie l'examen du droit étranger[192].

A notre avis, la nécessité d'une modification de la loi n'est pas démontrée. Certes, au point de vue constitutionnel, il ne serait pas exclu d'étendre le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral au droit étranger, si cette extension de compétence s'avérait opportune[193]. Nous ne pensons pas que tel soit le cas, au moment où le Tribunal fédéral commence à être surchargé par ses tâches propres, en matière d'application du droit public et administratif[194]. Si souhai-

188 RO 87 II 274 et 202, JT 1962 I 381 et 40; RO 77 II 192, JT 1952 I 173; RO 76 III 64; RO 63 II 45, JT 1937 I 337; RO 60 II 324, JT 1935 I 330; RO 49 II 236, JT 1923 I 558.

189 RO 100 II 40. Indécis: RO 94 II 359, JT 1970 I 38.

190 FRITZSCHE, p. 263 a ss; VISCHER, Kodifikation, p. 103; SCHNITZER, Bd. II, p. 865; GENTINETTA, p. 53 n. 1; ENGELAND, p. 144 ss. *Contra:* WEISS, p. 22/23.

191 Message du Conseil fédéral cité à la note 179 ci-dessus.

192 Cf. NIEDERER, p. 352 ss; ENGELAND, p. 9 ss et 173; GENTINETTA, p. 51 n. 7.

193 Cf. n° 3 ci-dessus.

194 Message du Conseil fédéral relatif à une modification de l'organisation judiciaire fédérale du 22 mai 1974, FF 1974 I, p. 1883/84.

table qu'ait été l'extension de la juridiction administrative, on peut du reste se demander si, dans certaines hypothèses, il était vraiment adéquat d'ouvrir la voie du recours au Tribunal fédéral. Quoi qu'il en soit, si celui-ci devait procéder de manière généralisée à l'examen du droit étranger dans le recours en réforme, il en résulterait un surcroît de travail important. En effet, l'application du droit étranger, qui n'est pas familier au juge du for, impose des recherches beaucoup plus longues que celles consacrées au droit interne. Il faut également noter que le nombre d'affaires relevant du droit étranger devrait augmenter, si nos doutes quant à la validité des règles cantonales de procédure touchant à sa mise en œuvre étaient partagés[195].

Et surtout, dans la pratique, il ne paraît pas avéré que des jurisprudences cantonales divergentes dans l'interprétation de points précis du droit étranger se soient développées au point de mettre en péril l'égalité de traitement entre justiciables. A cet égard aussi, il ne semble pas indispensable d'assurer l'application uniforme du droit étranger. Certes, dans un domaine aussi délicat, les tribunaux cantonaux ne sont pas à l'abri de graves erreurs. Toutefois, le recours de droit public pour arbitraire procure précisément aux parties une protection minimum en la matière. Il convient donc d'en rester au principe fondamental selon lequel le recours en réforme a pour fonction principale de sauvegarder l'unité du droit fédéral.

Principaux ouvrages et articles consultés

BIRCHMEIER, WILHELM. Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950.

DESCHENAUX, HENRI. Le Titre préliminaire du Code civil, in: Traité de droit civil suisse, tome II/1, Fribourg 1969.

DIDISHEIM, RAYMOND. La notion de droit civil fédéral, thèse Lausanne 1973.

EICHENBERGER, KURT. Bundesrechtliche Legifierung im Bereiche des Zivilprozeßrechts nach geltendem Verfassungsrecht, in: Unification de la procédure civile, RDS 1969, vol. 88, t. II, p. 467 ss.

[195] Cf. n°s 41 et 42 ci-dessus.

ENGELAND, JENS. Die Kontrolle der richtigen Anwendung des Kollisionsrechtes und des ausländischen Rechtes durch die obersten Gerichte in Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz, Diss. Basel 1971.

FISCHER, CHRISTIAN. Les conventions de prorogation de for inter- et intracantonales en droit fédéral et en procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1969.

FRITZSCHE, HANS. Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts, RDS 1925, vol. 44, p. 220a ss.

GENTINETTA, JÖRG. Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, Freiburg i. Ue. 1964.

GULDENER, MAX. Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, RDS 1961, vol. 80, t. II, p. 1 ss (cité: Bundesprivatrecht).

– Schweizerisches Zivilprozeßrecht. 2. Aufl., Zürich 1958 (cité: Zivilprozeßrecht).

JAGMETTI, MARCO. Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter, Diss. Zürich 1961 (cité: Anwendung).

– Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel 1969, p. 239 ss (cité: Kantonales Privatrecht).

KUMMER, MAX. Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962 (1966), Art. 8 ZGB (cité: par référence à l'art. 8 CC).

– Grundriß des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Bern 1974 (cité: Grundriß).

– Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954 (cité: Klagerecht).

LENT, FRIEDRICH/JAUERNIG, OTHMAR. Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München 1969.

LEUCH, GEORG. Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts im Sinne von Art. 56 OG oder kantonalen Rechts?, RSJ 1939/40, vol. 36, p. 293 ss (cité: Feststellungsklage).

– Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956 (cité: Zivilprozeßordnung).

NIEDERER, WERNER. Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl., Zürich 1961.

DU PASQUIER, CLAUDE. De l'action en fixation de droit (Feststellungsklage), JT 1918 I, p. 450 ss et 482 ss.

PIGUET, OLIVIER. L'exception de chose jugée, spécialement en procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1956.

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS. La sanction de l'autorité de la chose jugée en matière de divorce, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, p. 253 ss.

RAPPORT adressé à la Conférence des Chefs des Départements de justice et police des cantons romands et du Tessin au sujet du Projet de loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral, RDS 1969, vol. 88, t. II, p. 994 ss (cité: Rapport sur le projet d'harmonisation).

ROGNON, Jean-Jacques. Les conclusions, Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1974.

ROSENBERG, LEO/SCHWAB, KARL HEINZ. Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München 1969.

SCHNITZER, ADOLF F. Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd. I, II, 4. Aufl., Basel 1957/58.

SCHURTER, EMIL/FRITZSCHE, HANS. Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Bd. I: Das Zivilprozeßrecht des Bundes, Zürich 1924.

SCHWANDER, VITAL. «Iura novit curia» und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, in: Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 199 ss.

STAUFFER, WILHELM. Praxis zum NAG, Textausgabe, Zürich 1973.

VON STEIGER, WERNER. Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1966, RJB 1968, vol. 104, p. 93 ss et 105 ss.

THORENS, JUSTIN. La cause de la demande en justice et le principe «jura novit curia» en droit comparé, France–Allemagne–Suisse, in: Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 octobre 1969, Genève 1969, p. 185 ss (cité: La cause).

– L'objet du litige dans le procès civil, in: Huitième journée juridique, Genève 1969, p. 33 ss (cité: L'objet du litige).

VISCHER, FRANK. Droit international privé, in: Traité de droit privé suisse, tome I/4, Fribourg 1974 (cité: Droit international privé).

– Einige kritische Bemerkungen zur Praxis des Bundesgerichts in der Frage der Überprüfung der richtigen Anwendung der ausländischen Rechte und der Normen des schweizerischen internationalen Privatrechts, RSJ 1955, vol. 51, p. 33 ss (cité: Bemerkungen).

– Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts, RDS 1971, vol. 90, t. II, p. 1 ss (cité: Kodifikation).

VOYAME, JOSEPH. Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961, vol. 80, t. II, p. 67 ss.

WEISS, THEODOR. Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Bern 1908.

WURZBURGER, ALAIN. Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, thèse Lausanne 1964.