

prenditore (signor Patocchi) prima che fossero stati alla Società consegnati ;

e) Finalmente il maggiore importo richiesto per i battipali nell'attuale petitorio in confronto di quello stato precedentemente impetito, urtando esso contro quel canone di procedura federale (art. 46) che fa obbligo alle parti di « contenersi entro i limiti della istanza primitivamente presentata. »

6. In presenza di tutte queste considerazioni e prendendo a base di calcolo per la estimazione del valore degli enti litigiosi la perizia istituita d'ufficio nella già vertita causa principale di cui fu più sopra menzione, l'aver definitivo del signor Patocchi risulta come segue determinato :

Ammontare complessivo delle domande conclusionali

Fr. 18 042 40

A dedursi :

a) Per 208 guide ordinarie, lunghe ciascuna 3<sup>m</sup>80 = 792<sup>m</sup>48 in ragione di 14 chilog. 7 e di cent. 30 il metro (chilogrammi 11,649,45 × 0,30) ..... Fr. 3494 85

Per 240 sbarre di ferro, lunghe ciascuna in media 5 metri = 1200 m. in ragione di 8 chilog. e di fr. 0,40 il metro (chilog. 9600 × 0,40) ..... » 3840 —

Per gli altri oggetti residuanti ovverosia per una mazza da battipalo, alcune assi e ruote da vagonetti, approssimativamente » 500 —

b) Per le spese d'espropriazione, di sottostruttura, posa del binario, ecc. .... » 2800 —

c) Il compenso ricevuto direttamente dalla convenuta per consumo della via di servizio, ecc., durante la locazione .... » 3000 —

Da riportare, Fr. 18 042 40

Riporto, Fr. 18 042 40

d) L'equivalente del deprezzamento subito dagli enti in querela in conseguenza dell'uso fattone dallo stesso sig. Patocchi, prima della loro consegna alla stazione appaltante ..... » 1407 55

e) La differenza di cifre tra l'attuale ed il primitivo petitorio in merito al prezzo dei battipali (fr. 2100 — fr. 1800 =) » 300 — » 15342 40

Saldo a favore dell'attore Fr. 2700 —

Conseguentemente,

Il Tribunale federale

pronuncia :

La Direzione della Società ferroviaria del San Gottardo, residente a Lucerna, pagherà al signor Giuseppe Patocchi, di Bignasco, la somma capitale di franchi due mila settecento (fr. 2700), congiuntamente agli interessi legali nella misura del cinque per cento (5 %) all'anno decorribili dalla insinuazione del petitorio, ovverosia del giorno (23) ventitre settembre mille otto cento settant'otto (1878).

21. Arrêt du 12 mars 1881

dans la cause de l'entreprise du grand tunnel du Gothard  
contre la Compagnie du Gothard.

Par convention du 7 Août 1872, la Compagnie du Gothard a remis à Louis Favre, aujourd'hui représenté par M. Bossi, ingénieur, mandataire de M<sup>me</sup> Hava, unique héritière de Louis Favre, l'entreprise du grand tunnel du Gothard.

Cette convention contient, relativement au délai dans lequel le grand tunnel doit s'exécuter, les clauses suivantes :

« ART. 7. Le tunnel du Gothard devra être complètement » achevé dans l'espace de huit ans à dater du jour de l'ap- » probation de la convention par le Conseil fédéral suisse.

» La Compagnie du Gothard payera 5000 fr. de prime à » L. Favre pour chaque jour de gagné; par contre L. Favre » subira une retenue de 5000 fr. pour chaque jour de retard, » pendant les six premiers mois, et de 10000 fr. pour chaque » jour de retard durant les seconds six mois. Au bout de » l'année, M. Louis Favre sera dépossédé et son cautionne- » ment deviendra la propriété de la Compagnie du Gothard. »

La Convention additionnelle des 21-25 septembre 1875 statue, au chiffre V, que le premier alinéa de l'art. 7 précité est remplacé par la disposition suivante :

« Le tunnel du Gothard devra être complètement achevé » dans le délai de huit ans, à dater du 1<sup>er</sup> octobre 1872. »

Lorsqu'il dut être admis que les travaux des lignes d'accès au grand tunnel ne pourraient être achevés que dans le courant de 1882, l'entreprise Favre, supposant que dans ces circonstances la question du délai d'achèvement du grand tunnel avait perdu tout son intérêt pour la compagnie, s'adressa à celle-ci par lettre du 27 Avril 1880, en demandant que le terme d'achèvement pour le dit tunnel soit porté au 31 Juillet 1881. Dans la même lettre, l'entreprise ajoute qu'une prorogation de délai lui est due, attendu que les causes du retard ne lui sont pas imputables.

Par office des 24 Mai et 2 Juin 1880, la Direction du Gothard déclare ne vouloir pas entrer en matière sur la dite demande; elle conteste que le terme d'achèvement au 1<sup>er</sup> Octobre de dite année ait perdu son importance, et que l'entreprise ait des titres quelconques à la prolongation de délai sollicitée. Le dit office se termine toutefois comme suit :

« Tout en déclarant que nous ne sommes pas disposés à » entrer en matière sur votre proposition, nous n'entendons » pas dire que nous ayons, en toutes circonstances, l'intention » d'insister sur les moyens et les droits à une indemnité que » nous assument nos conventions dans le cas où le grand » tunnel ne serait pas achevé à l'époque prescrite; cela dé-

» pendra essentiellement de la manière que procédera l'en- » treprise elle-même; mais aujourd'hui nous ne saurions » renoncer à aucun des droits que nous assument nos con- » ventions. »

C'est à la suite de cette réponse que l'entreprise du grand tunnel a ouvert une action à la Compagnie du Gothard devant le Tribunal fédéral, sous date du 12 Août 1880, tendant à ce qu'il soit prononcé par jugement avec dépens :

1° Que la Compagnie doit lui tenir compte du temps qui a été perdu dans la construction du grand tunnel par suite des ordres donnés par elle et des circonstances mentionnées dans la demande.

2° Que le temps dont il doit lui être tenu compte conformément à la conclusion N° 1 est de sept cent quatre-vingts jours, ce chiffre étant toutefois soumis à la modération du Tribunal.

A l'appui de ces conclusions, l'entreprise allègue entre autres :

« a) Il est indispensable qu'on sache au plus tôt possible » à quel moment doit être fixée l'époque d'achèvement du » grand tunnel. Jusqu'à ce que cette époque ait été déter- » minée, l'entreprise ignore si elle doit précipiter ses travaux » ou si elle doit les conduire en ne prenant en considération » que les meilleures conditions de bon marché.

» b) Il est urgent que les experts qui seront appelés à » formuler leur opinion devant le Tribunal fédéral puissent » visiter le tunnel avant qu'il soit complètement revêtu et » pendant qu'on peut se rendre compte de certaines difficultés » du travail.

» c) Enfin si cette question des délais avait été introduite » dans le règlement des situations définitives, elle y aurait » apporté un élément de complication tout à fait fâcheux. »

Dans sa Réponse, la Compagnie du Gothard conclut, en première ligne, à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral dire que la partie défenderesse n'est point tenue à entrer en matière sur le fond de la demande, en d'autres termes, écarter comme action préjudicielle la dite demande dans sa forme actuelle.

A l'appui de sa conclusion principale, la Compagnie fait valoir ce qui suit :

Toute action personnelle doit avoir en vue une prestation ; or l'action actuelle ne réalise point cette condition, puisqu'elle se borne à conclure à ce que la défenderesse reconnaisse que le délai d'achèvement du tunnel doit être prorogé de sept cent quatre-vingts jours. Une semblable action apparaît comme une action préjudicielle (Präjudicial-oder Feststellungsklage), laquelle n'est pas recevable en l'état, puisque sa portée est encore absolument indéterminée. Le seul intérêt que l'entreprise pourrait avoir à une solution préliminaire de la question de délai serait de soumettre le tunnel, avant son achèvement, à l'examen des experts à désigner par le Tribunal fédéral ; mais l'entreprise peut atteindre le même but par une preuve à perpétuelle mémoire, dans le sens des art. 168 et 169 de la procédure civile fédérale. A supposer qu'on veuille considérer la présente action, non point comme préparatoire, mais comme action indépendante, elle n'en serait pas moins irrecevable ; en effet, l'entreprise n'a aucun intérêt pécuniaire à la question de la seule prorogation de délai prise en elle-même ; le Tribunal fédéral est incompétent pour se nantir d'une pareille question, isolée de l'influence qu'elle doit avoir sur les primes et retenues, puisque dans ce cas la valeur de l'objet du litige doit être envisagée comme nulle.

Dans sa Réplique, l'entreprise conclut à ce qu'il plaise au Juge délégué prononcer sans autre débat sur le mérite de l'exception soulevée et l'écarter par les motifs ci-après :

Une demande personnelle peut aussi tendre à obtenir pour le demandeur la libération totale ou partielle d'une obligation ; l'entreprise a écrit à la Compagnie, estimant avoir le droit d'être libérée de l'obligation de livrer le grand tunnel au 1<sup>er</sup> Octobre 1880 ; la Compagnie a refusé d'entrer en pourparlers ; l'entreprise demande aux tribunaux sa libération ; rien de plus correct qu'une pareille action.

Quant à la procédure à suivre pour liquider cette question préjudicielle, il est de règle devant le Tribunal fédéral que le Juge délégué prononce sur les incidents et tranche toutes les

questions préjudicielles, de manière à ce que l'affaire étant soumise au Tribunal lui-même, elle puisse être liquidée en une seule séance.

La Réplique reprend d'ailleurs, au fond, les conclusions de la demande avec l'adjonction suivante : « En conséquence » le règlement des indemnités prévues à l'art. 7 du contrat » du 7 Août 1872 doit s'opérer entre parties en regard du » jour qui sera fixé par le jugement du Tribunal comme » délai d'achèvement des travaux. »

Dans son Mémoire du 6 Décembre 1880, la Direction du Gothard se borne à développer la fin de non recevoir soulevée par elle en réponse, tout en se réservant le droit de dupliquer au fond, pour le cas où son exception serait repoussée. Elle présente encore, en faveur de l'admission de son moyen exceptionnel, les arguments dont suit le résumé :

Quelles que soient les divergences qui puissent diriger les parties sur la question des primes et retenues, il est incontestable que cette question n'est point en jeu actuellement, la demande n'en faisant aucune mention, et déclarant au contraire expressément que l'entreprise veut soumettre uniquement la question de délai, séparée de toute supputation en argent, à l'appréciation du juge.

Lors même que la demande eût été, dans l'origine, conçue comme l'a été plus tard la Réplique, elle n'en devrait pas moins être écartée à titre d'action préjudicielle ; une pareille action ne saurait, en effet, être intentée que si le demandeur justifie avoir un intérêt juridique au règlement préliminaire d'un rapport de droit ; or ce n'est nullement le cas dans l'espèce. La prestation à laquelle la Compagnie doit être tenue ne peut être que le paiement des primes ; or ces primes, quelle que puisse être la prorogation du délai de construction, ne peuvent en aucun cas échoir avant l'achèvement du tunnel. En ce qui concerne les retenues, l'entreprise n'est point recevable non plus à ouvrir une action, puisque la Compagnie n'a encore rien retenu.

Le Juge délégué ne saurait trancher lui-même la question préliminaire, soit fin de non recevoir opposée à la demande ;

il ne s'agit point en effet ici d'un acte préparatoire de la procédure, mais de la solution à donner au procès lui-même, soit à la question de savoir si la demande doit doré et déjà être écartée en l'état; un semblable jugement ne peut procéder que du Tribunal en corps.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. La défenderesse a contesté en première ligne son obligation d'entrer en matière en alléguant que les réquisits d'une action ne sont pas réalisés en l'espèce. Cette exception n'est pas, il est vrai, péremptoire, à teneur de la loi sur la procédure civile fédérale; celle-ci en effet ne reconnaît à ses art. 92 à 95 comme telle que l'exception d'incompétence. (Voir Arrêts du 17 Mai 1879 en la cause Vaud c. Genève, *Rec.*, V, pages 186 et suiv.; du 21 Décembre 1877, Compagnie de la Suisse Occidentale c. Confédération, *ibid.* III, pages 780 et suiv.; du 15 Décembre 1876, Christ-Simener c. Confédération, *ibid.* II, pages 512 et suiv.; du 31 Août 1878, Veuve Schaffner c. Bâle-Ville, *ibid.* IV, pages 464 et suiv.). Il n'est dès lors pas douteux que la défenderesse n'ait eu l'obligation d'entrer éventuellement en matière sur le fond de la cause, malgré l'exception formulée par elle en réponse. En revanche, le demandeur estime qu'à teneur des prescriptions de la procédure civile fédérale, toutes les exceptions doivent être présentées cumulativement avec le fond, et qu'ainsi l'exception tirée de l'irrecevabilité de l'action ne peut être jugée qu'après la clôture de la procédure sur la preuve, lorsque tous les moyens d'attaque et de défense sont préparés de façon à ce que l'affaire soit en état d'être terminée. Cette opinion est toutefois erronée; en effet, si l'art. 97 de la procédure susvisée, invoqué par le demandeur à l'appui de sa manière de voir, statue que le juge d'instruction doit préparer la procédure par la fixation des faits qui se rapportent à la cause et par l'audition de la preuve, de manière que l'affaire soit en état d'être terminée dans une seule et même audience du Tribunal, cette disposition a bien, à la vérité, voulu placer toute la procédure probatoire dans la compétence du juge délégué et éviter ainsi que le Tribunal ordonne des débats

ou statue préliminairement sur certains moyens isolés; mais elle n'a pas eu l'intention de forcer soit le Tribunal, soit le Juge d'instruction à entrer en matière sur des exceptions ou des conclusions éventuelles, ni de les contraindre à entreprendre à leur égard une procédure probatoire lorsque le litige est prêt à être terminé en ce qui concerne l'un des divers moyens de défense présentés. En effet, dans un cas semblable, une procédure probatoire est superflue et par conséquent sans importance, puisqu'il va de soi que toutes les preuves superflues sont des preuves sans importance.

Or c'est un principe de procédure généralement admis, conforme au prescrit de l'art. 45 de la procédure civile fédérale et également appliqué dans les art. 121, 129 et 146 *ibidem*, qu'aussitôt que l'état du dossier du litige le permet, il y a lieu de prononcer le jugement définitif, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une procédure probatoire sur des faits non-décisifs. On pourrait même sans inconvénient majeur, en présence de l'organisation actuelle du Tribunal fédéral, faire de certaines exceptions l'objet d'un jugement préliminaire, à la condition que ces exceptions préjugent les autres et que leur admission puisse avoir pour conséquence de rendre inutile une procédure probatoire longue et coûteuse. Tandis en effet qu'un semblable mode de procéder aurait pu sous l'empire de l'ancienne organisation du Tribunal fédéral, telle qu'elle existait lors de la mise en vigueur de la procédure civile fédérale, contribuer à prolonger le procès, il ne saurait aujourd'hui avoir la même conséquence; bien au contraire, selon les circonstances il serait de nature à en activer le dénouement, et doit être dès lors suivi, aussi bien par ce motif qu'en évitation de frais dans l'intérêt bien entendu des deux parties.

2. En ce qui concerne l'exception elle-même, les deux parties admettent d'un commun accord que le terme fixé pour l'achèvement du grand tunnel par l'art. 7 du contrat lié entre elles le 7 Août 1872 était le 1<sup>er</sup> Octobre 1880. L'article précité dispose en outre que la Compagnie du Gothard payera cinq mille francs de prime à M. Louis Favre pour

chaque jour de gagné ; que par contre L. Favre subira une retenue de cinq mille francs pour chaque jour de retard pendant les six premiers mois, et de dix mille francs pour chaque jour de retard durant les seconds six mois. Au bout de l'année M. L. Favre sera dépossédé et son cautionnement deviendra la propriété de la Compagnie du Gothard.

3. La partie demanderesse a conclu à ce qu'il soit prononcé que la Compagnie défenderesse doit lui tenir compte du temps qui a été perdu dans la construction du grand tunnel par suite des ordres donnés par elle et des circonstances mentionnées dans la demande, et que le temps dont il doit lui être tenu compte soit fixé à 780 jours. Par contre la demande ne conclut pas à ce que le juge détermine, actuellement déjà, les conséquences juridiques résultant de cette prorogation de délai. La conclusion prise en réplique et tendant à faire prononcer « que le règlement des indemnités » prévues à l'art. 7 du contrat du 7 Août doit s'opérer » entre parties en regard du jour qui sera fixé par le jugement du Tribunal comme délai d'achèvement des travaux, » ne peut être prise en considération en présence de l'opposition formulée par la partie défenderesse contre cette extension de la demande, et vu le prescrit de l'art. 46 de la procédure civile fédérale, statuant que les parties sont liées à la demande telle qu'elle a été formulée primitivement, et que cette demande peut subir des restrictions seulement, mais aucune extension.

4. Le Tribunal fédéral se trouve ainsi en présence d'une action ensuite de laquelle le juge a à constater l'existence d'un rapport de droit, avant que les conséquences de ce rapport au point de vue du fond de la cause fassent l'objet des conclusions prises ; la demande apparaît ainsi comme une action préparatoire ou préjudicielle (*Präjudicialklage*, *Anerkennungsklage* ou *Feststellungsklage* du droit allemand). La procédure civile fédérale ne contient aucune disposition relative à la recevabilité de ces actions présentant un caractère exceptionnel ; la législation lucernoise, applicable aux termes de l'art. 14 de la Convention précitée aux contesta-

tions nées entre parties et soumises au jugement du Tribunal fédéral, garde également le silence à leur égard. La question doit dès lors être résolue conformément aux principes généraux du droit.

5. A teneur de ces principes, de semblables actions préjudicielles sont admises, dans la règle, lorsque le demandeur justifie d'un intérêt juridique à ce que le rapport de droit dont il s'agit soit immédiatement déterminé par sentence du juge, (§ 231 de la procédure civile allemande. *Seuffert, Archives*, XIII, N° 19; XXIV, N° 211.) En même temps, la recevabilité d'une pareille action dépend de l'appréciation du juge sur la question de savoir s'il est, dans le moment actuel, possible de déterminer définitivement le rapport de droit en question.

6. En ce qui a trait à cet intérêt juridique, on ne peut prétendre en tout cas qu'il existe dans les diverses directions signalées dans la demande; en particulier il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'argument consistant à dire « qu'il est » urgent que les experts qui seront appelés à formuler leur » opinion devant le Tribunal fédéral puissent visiter le tunnel » avant qu'il soit complètement revêtu et pendant qu'on peut » se rendre compte de certaines difficultés du travail. »

En effet, la procédure civile fédérale, à ses articles 168-169, prescrit expressément la procédure à suivre en vue de prévenir la perte imminente d'un moyen de preuve ; il n'est dès lors pas licite à une partie de substituer un autre mode de procéder à celui prévu par la loi.

7. Même à supposer que l'on doive admettre l'existence, pour le demandeur, d'un intérêt juridique à ce qu'il soit prononcé immédiatement sur sa demande, le Tribunal ne pourrait néanmoins entrer en matière sur la présente action.

Comme il a été dit plus haut, il résulte de la nature de cette action qu'elle a pour but de faire déterminer un rapport de droit, avant même que les conséquences de ce rapport soient indiquées ou réclamées par le demandeur. Toutefois il n'est point invraisemblable, et il paraît résulter de la teneur de la conclusion prise tardivement en réplique que

la partie demanderesse entend attacher au terme d'achèvement, tel qu'il sera fixé par le juge, toutes les conséquences spécifiées à l'art 7 de la Convention, ce qui n'exclut nullement la possibilité pour le dit demandeur, de réclamer encore plus tard, le cas échéant, une nouvelle prorogation de ce terme, du chef de griefs nouveaux nés après le dépôt de la demande et jusqu'à l'achèvement des travaux. On pourrait, en d'autres termes, se demander s'il n'y a pas lieu d'envisager la situation de droit entre parties comme si le terme à fixer par le juge (modification ultérieure réservée) se trouvait déjà contenu dans l'art. 7 précité, de manière que l'achèvement avant ce terme non-seulement mettrait le demandeur à l'abri de retenues, mais encore l'autoriserait à percevoir les primes promises, et que vice-versa, le rejet de la demande au fond ferait naître pour la Compagnie du Gothard, le droit d'exercer les dites retenues de 5000 ou de 10 000 fr, par jour, tout comme de déposséder l'entreprise et de s'emparer de son cautionnement au bout de l'année. Bien que ces questions ne doivent trouver leur solution que dans un jugement postérieur, le juge ne doit pas moins se garder de préjuger — dans un sens ou dans d'autre et ne fût-ce qu'indirectement — par une sentence préjudicielle prématurée et relative à une partie de l'époque des travaux seulement, la solution définitive de questions de droit d'une portée considérable, qui n'ont point encore été plaidées par les parties, et dont le sort peut dépendre de divers éléments qu'il est de toute impossibilité de connaître ou d'apprécier sûrement dans le moment actuel.

Par ces motifs le Tribunal fédéral  
prononce :

L'exception préjudicielle opposée par la Compagnie du Gothard est admise. Il n'est, en conséquence, pas entré en matière actuellement sur la demande de l'entreprise.

## A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

### ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

#### I. Gleichheit vor dem Gesetze.

Egalité devant la loi.

22. Urtheil vom 23. April 1881 in Sachen  
Baumann.

A. Kaspar Baumann, welcher früher im Kanton Neuenburg wohnte, seit 1873 aber in Luzern niedergelassen ist, besitzt im Gemeindebezirk Chaux-de-Fonds eine Liegenschaft, deren Steuer-schätzung 30 000 Fr. beträgt, während auf derselben Hypothekarschulden im Gesamtbetrage von 32 000 Fr. haften (10 000 Fr. in erster Hypothek zu Gunsten der Wittve M. Halbi und 22 000 Fr. in zweiter Hypothek zu Gunsten der Bank in Bofingen als Versicherung eines Bankcredits). Bis zum Jahre 1878 wurde Kaspar Baumann im Kanton Neuenburg für diese Liegenschaft nicht in Besteuerung gezogen. Dagegen forderte die neuenburgische Steuerbehörde von ihm durch zwei Steuerzettel, welche er indeß, seiner Behauptung nach, erst im Juni und im Juli 1880 erhalten hat, für die Jahre 1879 und 1880 vom Schätzungswerth seines im Gemeindebezirk Chaux-de-Fonds gelegenen Grundeigentums eine jährliche Staatssteuer von 48 Fr. Ber-