

LA SECONDE PREUVE LIBERATOIRE ET L'IDEE DE GARANTIE

par
Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU (*)
Docent Adjoint

Introduction

Dans le cadre des articles 55 et 56 COS et COT se trouve prévue une preuve libératoire, permettant aux responsables de se libérer de leur responsabilité lorsqu'ils établissent qu'ils ont exercé le soin voulu de leur part. Dans ces articles, se trouve encore prévue une **autre** (**) preuve libératoire, consistant à prouver que le dommage se **serait** de toute manière **produit même** si les responsables avaient **assuré** les mesures de soin exigées d'eux (art. 55 **al.** 1 et 56 **al.** 1 COT et COS). - Quoique l'article 320 CCT ainsi que l'article 333 CCS accordent au chef de famille (chef de la **communauté domestique**, en vérité..) **aussi** la **première** de ces deux preuves libératoires, ils ne **mentionnent** pas cependant la **seconde** (voir le texte de ces articles).. Tout de même, on admet, en **dépit** du code, que cette disposition, pourrait-on dire, **implique** en quelque sorte aussi le deuxième moyen libératoire. A ce sujet, il n'existe pas unanimité en doctrine (1). Quoi qu'il en soit, il y a **plus ou moins** certitude sur ce que rien **n'empêche** d'appliquer la seconde preuve libératoire également dans le cadre de l'article 320 CCT, respectivement article 333 CCS. D'ailleurs, il est à remarquer que le § 832 du **BGB**, qui contient une **pareille** norme de responsabilité à charge des surveillants,

(*) Docent adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ankara.

(**) *Sauf* indication contraire, les mots *soulignés* le sont de *notre* part...

(1) Voir, par exemple, *von Tuhr/Peter* d'une part, p. 450 n. 30 et *Oftinger*, II/1, pp. 265 s d'autre part.. - Certains auteurs considèrent que la seconde preuve libératoire n'ayant pas de portée pratique considérable, son absence à l'article 320 CCT (art. 333 CCS) n'est pas une *lacune* déplorable et qu'il ne serait, dès lors, pas très utile de la reconnaître *aussi* dans la responsabilité du chef de famille. Voir, à titre d'exemple: *Tandoğan* (II), p. 160; *Egger*, rem. 22 à l'art. 333 CCS. - *D'autres* références encore seront données au cours de notre travail.

En ce qui concerne le passage indiqué chez *von Tuhr*, remarquons, à

prévoit aussi cette autre possibilité d'exonération.. Nous admettrons, quant à nous-même que le chef de famille possède cette deuxième preuve exonératoire. Tout comme auparavant (2), nous considérerons ce point comme acquis au cours de cette étude également.

Parallèlement aux dispositions correspondantes du CO et du CC, aussi bien turcs que suisses, mentionnées plus haut, les §§ 832 et 833 du **BGB consacrent** la seconde preuve libératoire.

Cette preuve pourrait, à **notre** sens, constituer, à la rigueur du moins, une certaine **variante** de l'**inévitabilité** objectivée ou l'**inévitabilité** absolue (3).. Elle aurait, toujours à **notre** sens, une place **intermédiaire** entre l'absence de la causalité proprement dite - causalité devant exister entre le dommage et un éventuel défaut de soin - et l'inévitabilité entièrement objective..

Dans cette étude, nous allons, tour à tour, examiner le problème en Droits **allemand, turc** et **suisse**, en nous exprimant à l'occasion, et nous exposerons, tout à la fin, **notre** propre opinion. A cet effet, nous allons toujours diviser l'étude de chaque Droit en deux parties, dont l'une s'occupera de l'état de la **jurisprudence** et dont l'autre de celui de la **doctrine**.

toutes fins utiles, qu'il y a une *différence* sensible entre le texte français dû à la plume de *M. de Torrenté* et *E. Thilo* et le texte original en allemand.. En effet, cf. von *Tuhr*, Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit de l'allemand par *M. de Torrenté* et *E. Thilo*, 2^e éd. par *E. Thilo*, § 49, IV n. 30: «Par analogie avec l'article 55 (soulignons que par mégarde, dans la note traduite par ces deux auteurs, au lieu de l'article 55 figure l'article 44!) CO, on doit permettre au chef de famille de se libérer en prouvant que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.» Or, dans son original nous lisons: «(...) de se libérer par la preuve que le dommage se serait aussi produit.» A *notre entendement*, ce sont deux manières *bien différentes* d'écarter une responsabilité qui se trouve déjà engagée. Dans la première, il s'agit bien plus que d'un simple manque de causalité; cette formule, qui rappelle étrangement celle de l'article 1384, *al. 7* du CCF, a trait à l'*évitabilité*, beaucoup plus que le défaut de causalité..

— Voir aussi *E. W. Stark*, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Société suisse des juristes, Rapports et communications, Basel, 1967, p. 33, n. 45. L'auteur, *sans* opiner sur la question, il se contente de remarquer que la formule de l'article 333 CCS *s'écarte* de celle des articles 55 et 56 COS en ce qui concerne la preuve libératoire. Le problème pourrait l'intéresser; mais, comme il s'agit d'un détail selon lui, il estime qu'il ne pourrait l'examiner dans son travail en question.

(2) Voir notre thèse, pp. 151 ss et *différents* autres endroits.

(3) Pour cette notion, voir, *Junod Ch. - A.*, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956, p. ex. p. 188.

1. Le Droit allemand

1.1. La question en jurisprudence

A l'instar de la jurisprudence turque et de la jurisprudence suisse (comme nous le verrons plus tard) la jurisprudence **allemande** n'est pas abondante sur ce sujet (4).

Selon **certains** arrêts (5), il s'agirait de l'**absence** de **causalité proprement dite** entre le manque de soin et le dommage. Il y aurait dès lors à appliquer la norme qui prévoit la seconde preuve exonératoire aux §§ 831, 832 et 833 du **BGB**. La **présomption** édictée à toutes ces dispositions **s'étendant** également à la causalité (6), les responsables légaux pourraient se libérer de leur responsabilité en recourant à ce deuxième moyen libératoire (7). - Cependant, il convient de souligner qu'il ne suffit pas, à cette fin, qu'il existe seulement une **possibilité** à cet égard (8).. Ainsi, l'unique éventualité que le préjudice eût pareillement pu se produire en cas d'exercice de la diligence désirable serait nettement inopérante.

Suivant **d'autres** arrêts (9), il n'y avait pas **lieu** à user d'un soin quelconque à l'égard de la personne soumise à l'autorité du responsable, celle-ci s'étant de toute façon comportée conformément aux prescriptions du Droit.

Et, dans ces deux hypothèses envisagées par la jurisprudence, il est un point commun: **peu importe** que le responsable n'ait, en fait, pas fait preuve d'une diligence, diligence dont il est tenu par ailleurs aux termes même de ces articles. Car, son manque de diligence n'aurait en

- (4) Voir, par exemple, les arrêts suivants: *RG, JW* 1906, 547; *RG, JW* 1911, 979; *RG, JW* 1921, 526; *WarnR* 1910, 60; *RG, WarnR* 1912, 28; *RG, Recht* 1911, 3321; *RGZ* 128, 149; *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 159, 283, 291 et 312 (315); *RGZ* 135, 149; *WarnR* 1916, 304; *WarnR* 1914, 53; *Recht* 1919, 1448; *JW* 1930, 3213; *JW* 1934, 2973; *NJW* 1954, 913; *NJW* 1957, 1149; *BGH, LM*, no 1 § 831 Fb; *LM*, no 6 § 831 Fa; *BGHZ* 4, 1, 4; *BGHZ* 12, 94 et 96; *VersR* 1955, 745; *VersR* 1956, 453; *VersR* 1957, 247; *VersR* 1957, 519; *VersR* 1959, 104; *VersR* 1966, 564; *VersR* 1966, 877 - 878; *VersR* 1966, 1036.
- (5) Voir, par exemple, les arrêts ci-après: *RG, JW* 1911, 979; *BGHZ* 4, 1 4; *LM*, no 6 Fa; *BGH, LM*, no 1 Fb.
- (6) Voir, p. ex.: *RG, WarnR* 1912, 28; Düsseldorf, *VersR* 1956, 435. - Schäfer, rem. 244 sous § 831 *BGB*.
- (7) Cf. Schäfer, rem. 244 au § 831 *BGB*.
- (8) Voir, p. ex.: *RGZ* 159, 283, 291, 312 et 315; *JW* 1930, 3213; *JW* 1934, 90; *RG, WarnR* 1910, 60; *WarnR* 1916, 304; *RG, WarnR* 1912, 28; *RG, Recht* 22, 1154.
- (9) Voir, p. ex.: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315)).

rien influé sur la survenance du dommage. Ce serait le cas effectivement, état donné que dans la première de ces hypothèses il n'existerait pas de relation **causale** et, dans la deuxième, relation **logique** entre le préjudice et le défaut de soin..

1.2. La question en doctrine

1.2.1. Schäfer

Pour cet auteur, le second moyen d'exonération n'est que la preuve du manque du **lien causal** (10). L'employeur, par exemple, peut aussi se libérer en rapportant la preuve de l'absence de la causalité entre l'inexistence du soin et le préjudice. Il réfuterait ainsi la **présomption** de causalité qui est prévue par le § 831 **BGB**, - tout comme les §§ 832 et 833 **BGB** (11). Le responsable peut toujours administrer cette autre preuve, même s'il n'a pas **réussi** à administrer la première. Mais, il n'empêcherait nullement qu'il entreprenne la deuxième preuve exonératoire **d'ores et déjà**, avant même qu'il échoue dans l'administration de la première.. - Il est à remarquer que ce second moyen d'exonération ne peut être admis que si le responsable établit que le dommage serait de toute manière **certainement** arrivé. Il est insuffisant que le dommage eût pu également arriver même si le responsable avait dispensé le soin voulu (12).

A l'avis de cet auteur, la preuve exonératoire en vertu de l'absence de la causalité peut être envisagée de **deux** manières. Sous **un point de vue**, le fait que le responsable légal n'a pas pris les mesures nécessaires n'eût pas **influencé** du tout la réalisation du dommage, étant donné que même s'il les avait prises, le dommage fût quand même arrivé (13). Il en serait ainsi lorsqu'il a **manqué** au soin requis dans le choix de son auxiliaire, mais que ce manquement n'aurait en rien **influencé** la conduite d'un employeur, même soigneux comme il faut dans le choix de cet auxiliaire (14). Il en serait également ainsi lorsque l'employeur a **manqué** au soin exigé dans la surveillance de son auxiliaire, mais que ce dernier à sa **place** aurait agi de la **même** manière.. Dès lors, l'auteur direct du

(10) Voir encore les explications de l'auteur dans ses remarques sous §§ 832 et 833 **BGB**: rem. 80 au § 832 et rem. 137 au § 833 **BGB**. Ces explications se trouvent dans ses grands principes *conformes* à celles données sous le § 831 **BGB**. C'est pourquoi d'ailleurs, nous n'en parlerons pas.

(11) Cf. *Schäfer*, rem. 244 au § 831 **BGB**, rem. 80 et 81 au § 832 **BGB**, rem. 87, 88 et 137 au § 833 **BGB**.

(12) Cf. *id.*, rem. 244 au § 831 **BGB**.

(13) Cf. *id.*, rem. 245 ss au § 831 **BGB**.

(14) *Id.*, rem. 245 au § 831 **BGB**.

comportement très rusé (15). Il en serait encore ainsi lorsqu'il a **manqué** au soin requis dans la livraison des instruments de travail à son auxiliaire, mais que même si les instruments de travail s'étaient trouvés en bon état, le préjudice se serait aussi produit (16). - Et sous **un autre point de vue**, le responsable pourrait **encore** se libérer de sa responsabilité déjà établie de par la loi (§§ 831, 382 et 833 **BGB**), quoiqu'il n'ait pas **assuré** les mesures de soin nécessaires. Car, la personne de la conduite de laquelle il répond eût agi de **telle sorte** que toute personne à sa **place** aurait agi de la **même** manière.. Dès lors, l'auteur direct du préjudice s'étant comporté **irréprochablement** (17), on peut et doit admettre que le dommage serait de toute façon arrivé, même si les mesures de soin exigées avaient été prises par le responsable légal (18). La manière d'agir de l'auteur **direct** du dommage n'encourant **aucun** reproche dans une pareille hypothèse, le responsable du fait **d'autrui** ne saurait en répondre. La solution contraire serait, estimons-nous, nettement en **contradiction** avec les règles établies du Droit de la responsabilité civile (19). - On devrait aboutir à une conclusion **identique** lorsqu'il serait question d'un manque de soin dans l'**organisation** même du travail du responsable (20).. Bien que le responsable n'ait pas rapporté la preuve dite **décentralisée** (21), il lui serait **toujours** permis d'administrer la seconde preuve libératoire.

En revanche, le responsable ne devrait pouvoir s'exonérer de sa responsabilité par la preuve de l'absence de la causalité, en prouvant seulement que le défaut réellement **existant** chez la personne soumise à son autorité ne serait **justement** pas à l'**origine** du dommage (22). Il s'agirait, dans ce cas, d'un défaut de l'employé qui aurait pu être **décelé** lors de l'examen de ses capacités par l'employeur, et qui l'aurait, en fin de compte, rendu **impropre** au travail lui confié. S'il en est ainsi, c'est parce qu'on devrait admettre que si le responsable avait été **diligent** dans l'accomplissement de ses «devoirs» légaux, il n'eût pas dû **autoriser** l'employé en question à se livrer à l'activité envisagée. L'employeur

(15) *Id.*, rem. 246 au § 831 **BGB**.

(16) *Id.*, rem. 247 au § 831 **BGB**.

(17) Voir, par exemple, les arrêts ci-dessous: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149; *RGZ* 159, 312 (315); *BGHZ* 4, 1; *BGHZ* 12, 94 (96); *NJW* 1954, 913; *VersR* 1955, 745. - En Droit suisse: *RSJ* 25, 26 = *RJB* 64 87.

(18) Voir *id.*, rem. 139 et rem. 248 au § 831 **BGB**. - *Contra*: von Caemmerer, p. 538; - comp. dans les systèmes suisse et turc: *Oftinger*, II/1, pp. 175-176.

(19) Voir et comp., par exemple: von Caemmerer, pp. 535 ss.

(20) Cf. *Schäfer*, rem. 249 au § 831 **BGB**.

(21) Pour cette notion, *Schäfer*, rem. 176 ss au § 831 **BGB**.

(22) Cf. *id.*, rem. 251 au § 831 **BGB**.

n'eût, par exemple, pas choisi et il n'eût, par conséquent, pas eu recours à l'auxiliaire en cause, ce qui lui eût permis de **prévenir** la réalisation du dommage. N'ayant pas, dès lors, **déployé** le soin nécessaire dans l'accomplissement de ses devoirs légaux, l'employeur n'aurait pas le moyen de se libérer de la responsabilité mise à sa charge par la loi.

1.2.2. Fikentscher

Selon cet auteur, la seconde possibilité d'exonération constitue la preuve d'une sorte de **casus mixtus**. Il donne, pour illustrer sa pensée, l'exemple d'un auxiliaire dont l'habileté pour le travail en cause ne serait pas du tout **reconnaisable** (23). Et l'employeur ayant confié ce travail à employé pourrait s'exonérer, lorsque le préjudice se fût de toute manière produit même s'il avait exercé un soin suffisant dans le choix de son employé..

1.2.3. Auteurs divers

Divers auteurs estiment simplement qu'il s'agit ici d'un simple **renversement** de la charge de la preuve, et que le responsable légal peut prouver le **contraire** du fait établi grâce à la présomption, à savoir l'**inexistence** d'un lien **causal** entre le dommage et le manque de soin (24).

1.2.4. Soergel et Siebert

Ils pensent aussi qu'il est question d'un problème de **causalité** dans le cadre de la seconde preuve exonératoire (25). La formule concernant cette autre possibilité de libération signifie, au point de vue de son contenu, l'**absence** de causalité entre le dommage et le comportement du responsable. Ces dispositions auraient pour but de mettre hors de doute que c'est aux responsables d'établir l'inexistence du lien de causalité. On pourrait s'en passer sans préjudice, car cette distribution du fardeau probatoire ve de soi. Cette conclusion de la loi ressort du fait que la présomption du § 831 **BGB**, par exemple, **s'étendrait** également à la causalité. - Et, les responsables devant démontrer, à coup sûr, le défaut de la causalité entre le dommage et le manque de soin requis, il ne suffit pas qu'ils se contentent, à cet égard, de prouver la **seule**

(23) Cf. *Fikentscher*, § 107, I, 2, d.

(24) Voir, par exemple: *Enneccerus L./Lehmann H.*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15^e éd., Tübingen, 1958, §241, III, 2; *Geigel/Geigel*, chap. 14, rem. 35.

(25) Voir *Soergel/Siebert*, rem. 8 au § 831 *BGB*.

possibilité que le dommage se fût quand même produit au cas où le soin requis eût été dispensé (26).

1.2.5. Esser

Esser interprète **différemment** la preuve libératoire exceptionnelle (27). D'après lui, il s'agit de la preuve d'une causalité dite **hypothétique**. Et, le responsable peut s'appuyer sur la causalité hypothétique pour supprimer sa responsabilité. Il n'est pas question, dans le cadre de cette preuve d'exception, de démontrer simplement l'absence de la causalité entre le préjudice et la conduite du responsable. Elle ne peut être la seule **négation** du lien causal (28).

Le **fondement** de la responsabilité en question serait aussi propre à influencer sur l'exonération par le développement dit **hypothétique**. Les responsabilités dont il s'agit ici seraient, en quelque sorte, des responsabilités pour **cas fortuit**, fondées sur un certain **risque**, - et non des responsabilités pour faute **proprement** dite. Les personnes tenues en vertu des normes des §§ 832, 832 et 833 du **BGB** répondraient, en fin de compte, du fait d'une causalité seulement **possible**, et non réelle. Cependant, grâce à la réglementation légale, ces responsabilités feraient aussi partie de celles où une causalité véritable se trouve exigée. Car, la loi partirait de ce point de vue qu'une véritable causalité existe jusqu'à preuve du contraire, - ce en utilisant le procédé de **présomption**, construction qui permettrait un pareil résultat. Il existerait donc des présomptions de **causalité**. Dès lors, la réglementation des §§ 831 et 832 du **BGB** ne devrait pas être considérée comme faisant **exception** à la règle, selon laquelle la responsabilité n'est de rigueur que si l'état de fait prévu par la loi est réalisé par un fait en rapport de cause à effet adéquat avec le préjudice..

Et en ce qui concerne la manière dont les responsables pourraient rapporter la deuxième preuve libératoire, l'auteur écrit ceci. Cette preuve peut être rapportée de **deux** façons. Le responsable peut prouver que le dommage se serait **aussi** produit même s'il avait pris les mesures nécessaires, étant donné que l'employé - par exemple - se serait comporté comme un employé **diligent**, voire comme toute personne

(26) *Id.*, *loc. cit.* - Dans le même sens, cf. aussi: *Palandt*, rem. 6 b au § 832 *BGB*; *RGRK*, rem. 1 au § 832 *BGB*; *Erman*, rem. 1 au § 832 *BGB*.

(27) Voir *Esser*, § 62, 4, c. - Cf. aussi *Eren* (II), p. 211. - *Contra*: *von Caemmerer*, p. 431; *Niederländer H.*, *Schadenersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, *AcP* 153 (1954), p. 50.

(28) *Contra*: *von Caemmerer*, pp. 413 s.

diligente se trouvant dans les mêmes circonstances que lui. Le responsable peut également rapporter cette preuve en établissant qu'un **autre** employeur à sa place, **prudent** et **diligent**, eût agi exactement **comme** lui, étant donné que l'inaptitude de l'employé, par exemple, n'était point **reconnaisable**.. - En **revanche**, le responsable ne pourrait s'exonérer en démontrant que le dommage aurait **tout aussi bien** pu arriver, ou qu'il se serait certainement survenu du fait d'une cause dite de **réserve** ou de **remplacement**, ou encore qu'il est la conséquence d'un **autre** défaut de l'auxiliaire que celui constaté (29).

Ainsi le responsable légal pourrait-il repousser la responsabilité édictée à son endroit en établissant qu'en dépit du défaut de soin de sa part, une **autre** cause - de nature hypothétique - eût amené le même préjudice. Cette conception de la deuxième preuve exonératoire nous paraît assez **originale** et suffisamment digne **d'intérêt**..

1.2.6. Völker

D'après cet auteur, du moment qu'un rapport de causalité doit exister entre l'endommagement d'autrui et la violation du devoir de soin pour l'application du § 832 **BGB**, le responsable de la violation dudit devoir peut aussi rapporter la preuve libératoire en prouvant que le dommage fût **également** arrivé même s'il avait dispensé le soin désirable (30).

Il rejette cette conception que la disposition prévoyant la deuxième possibilité d'exonération serait **superflue** (31).. Admettons que, dit-il, il s'agisse ici d'une formule d'exonération qui **va de soi**. Même dans ce cas, il faudrait se demander encore si le législateur n'a pas bien fait de la consacrer **expressément**, - ce pour éviter tout malentendu, ainsi que toute obscurité. - En outre, toujours suivant lui, comme il serait question des règles **spéciales** aux §§ 831 et 832 **BGB** (aussi au § 833

(29) Cf. *Esser*, §§ 62, 4 c, 207, 1 et 3 a, 205, 3 d. - Remarquons que certaines idées de *Esser* ne sont pas retenues par *Bydlinski*. Ainsi, lorsqu'il écrit que dans les cas de présomption de causalité prévus aux différents §§ du **BGB**, tels que les §§ 830, 831 et 832, les responsables sont, en fin de compte, tenus du fait d'une causalité uniquement *possible*; mais que ces causalités doivent, au point de vue *dogmatique*, être considérées comme de *véritables* causalités, en vertu d'une présomption légale. Cf. § 207, 3 a. Pour *Bydlinski*, une telle opinion ne saurait être *satisfaisante*. Il conviendrait ouvertement d'admettre que les responsables répondent du fait d'une causalité seulement *possible*.. Cf., *op. cit.*, p. 74.

(30) Voir *Völker*, pp. 45 - 46.

(31) Voir dans ce dernier sens: p. ex. *Jerusalem*, p. 42; *Masur*, p. 86.

BGB, ajoutons - nous), le second moyen d'exonération pourrait également servir à **mieux** déterminer le sens de ces règles **hors cas**. - De plus, on serait en mesure de penser que, par cette preuve le législateur a voulu mettre **en relief** qu'il consacrait réellement une **présomption** de faute. Aussi cette autre possibilité de libération aurait - elle encore une fonction, celle de préciser à **qui** incomberait le fardeau probatoire.

1.2.7. Masur

Pour cet auteur, le second moyen d'exonération ne pourrait servir à rien d'autre que de **clarifier** le problème de la causalité. Elle ne saurait avoir un contenu à part; elle ne peut être que la simple absence de la causalité entre le préjudice et le manque de soin. Il y aurait là la preuve de l'inexistence de l'une des **conditions** de l'action en responsabilité (32).

En conséquence, la disposition de la preuve d'exonération n'aurait pas besoin de comprendre aussi ce deuxième moyen qui paraît, selon lui, nettement **superflu**.. Car, dit - il, l'obligation de réparer le dommage causé par autrui ne peut être basée que sur une faute **causale** commise par le responsable légal (33).

Par ailleurs, il fait remarquer que la formule utilisée dans le § 832 **BGB** - par exemple - peut donner lieu à des controverses et **malentendus**.. En effet, écrit - il, la chaîne causale, qui permet de retenir la responsabilité du responsable, ne pourrait être interrompue que, si déjà **avant** le résultat préjudiciable se serait produit un autre événement qui aurait pu consommer le résultat préjudiciable. En revanche, il serait complètement sans importance qu'une nouvelle chaîne causale intervienne une fois que le dommage se trouve **réalisé**, - la nouvelle cause consommant alors le résultat préjudiciable **déjà** produit (34)..

1.2.8. Sachs

Au point de vue de l'auteur, la nécessité d'une relation de cause à effet entre le préjudice et le fait préjudiciable du responsable se trouve exprimée par la formule de la seconde preuve libératoire, - au § 832 du **BGB**, par exemple (35). Comme il serait impossible d'interpréter la deuxième preuve libératoire **autrement** (36), les dispositions qui la prévoient seraient absolument **superflues**.

(32) Cf. *Masur*, p. 93.

(33) Voir *id.*, p. 86.

(34) *Id.*, p. 87 n. 1.

(35) Voir *Sachs*, p. 57 et n. 3.

(36) *Id.*, p. 58 n. 1.

Par ailleurs, la **formulation** même de cette preuve exonératoire serait de nature à induire en **erreur**. La formule légale pourrait nous conduire à des **malentendus**. Il ne serait pas, en fait, question de déterminer si le dommage s'est ou non produit par une conduite **contraire** au Droit, mais rechercher si le dommage se fût ou non réalisé en cas de **respect** de la norme de comportement, ainsi en cas de conduite **conforme** au Droit de la part du responsable légal. Après que le dommage s'est trouvé produit par un manquement aux devoirs de soin légaux, tous les autres événements arrivés **après coup** ne sauraient plus entrer en ligne de compte. Donc, à propos de ces autres événements, le responsable ne pourrait dire qu'ils eussent **également** produit l'accident dommageable (37). Une telle assertion serait de prime abord inopérante. Ces autres événements n'auraient éventuellement pour effet que, s'il est permis de parler ainsi, d'interrompre la chaîne causale **déjà** commencée par le **seul** fait de la négligence dans le soin indispensable. Ou pour mieux dire, comme une interruption quelconque de la chaîne causale déjà introduite paraît impossible - du moins **logiquement** -, ces dits événements n'auraient pour résultat que de faire commencer une **nouvelle** chaîne causale; - ce qui serait absolument sans importance au point de vue de la responsabilité déjà engagée du responsable en vertu de la violation d'un devoir de surveillance (38).

Mais, pourquoi aurait-on besoin d'une telle disposition, puisque la théorie sur la causalité permettrait déjà d'obtenir le même résultat? Alors, tout bien pesé, cette disposition quelque peu spéciale du § 832 **BGB** - entre autres - ne pourrait éventuellement servir qu'à préciser l'**inversion** de la charge de la preuve quant à la causalité (39).

1.2.9. Jerusalem

Jerusalem - un de ces auteurs qui se sont occupés les premiers de la question - raisonne comme suit. La **formule** prévoyant la seconde preuve libératoire au § 832 du **BGB** - par exemple - lui paraît **superflue**. Car, à son point de vue, le surveillant répond pour avoir commis une faute. Or, la responsabilité pour faute signifie toujours «responsabilité pour faute **causale**», - et non pour n'importe quelle faute.. Une faute dans l'**abstrait** - si nous interprétons bien la pensée de cet auteur - ne suffit nullement à engager la responsabilité de la personne qui l'a commise. En conséquence, la deuxième possibilité libératoire n'aurait

(37) *Id.*, p. 58.

(38) *Id.* p. 58.

(39) *Id.*, pp. 58 - 59.

aucunement besoin d'être prévue à part, en tant qu'une nouvelle norme, de portée particulière. Du moment que ce moyen exonératoire basé sur l'inexistence du lien de la causalité se trouve toujours offert à un responsable quelconque, il n'y avait nulle nécessité de le réglementer encore une fois et spécialement.

Si, par cette expression de seconde preuve d'exonération, la loi entend une présomption de faute, cela n'avait pas besoin d'être dit particulièrement. En effet, le fait que le lésé n'est pas dans l'obligation de prouver l'existence de la causalité est une conséquence toute naturelle de l'**inversion** du fardeau probatoire, - inversion prévue déjà par la première partie de ces normes, édictant une responsabilité de **plano** (40).

De surcroît, cette annexion de la deuxième preuve libératoire au § 832 **BGB** - par exemple - serait nuisible, - et non seulement inutile. Parce qu'elle peut facilement occasionner des **malentendus**. Et, afin d'illustrer sa pensée, l'auteur fournit cet exemple, emprunté d'ailleurs à **Feder** (41): un enfant mal surveillé casse les vitres d'une fenêtre d'une maison en y jetant des pierres. Juste après ce fait dommageable, le vent brise toutes les fenêtres de cette maison. Si l'on prenait à la lettre cette disposition du § 832 **BGB**, par exemple, il serait facile aux parents de prouver que le dommage se serait de toute façon produit même s'ils avaient bien surveillé leur enfant. Or, tel ne peut être le sens de cette autre possibilité d'exonération. Il est question dans la loi de savoir si c'est par un défaut de vigilance que le préjudice s'est produit. Il ne peut nullement être question de rechercher si après la production du préjudice un événement est ou non survenu consumant le résultat **précédemment** produit.

En revanche, écrit l'auteur, la preuve du manque de la causalité et partant celle du second moyen exonératoire seront considérées comme rapportées dans l'exemple suivant. Un garçon mal éduqué par ses parents et grandi presque sans surveillance joue à la balle avec ses camarades d'école. Pendant le jeu, il jette la balle dans la direction de l'un de ses camarades de jeu et la balle touche malencontreusement l'oeil de l'un des cojoueurs. Le coup atteint l'oeil de de celui-ci, de telle façon qu'il le lui fait perdre, le laissant désormais éborgné. Il y a là, raisonne **Jerusalem**, un acte objectivement illicite, par lequel se trouve endommagée une tierce personne. Cet acte dommageable et illicite a été, de plus, commis par une personne nécessitant surveillance, et ses

(40) Voir respectivement les §§ 831, 832 et 833 du **BGB**.

(41) Voir **Feder**, p. 104.

parents étaient chargés, en vertu de la loi, de la surveiller. Il est, de surcroît, constant que ces parents n'ont pas satisfait à leur devoir de surveillance. Et pourtant, les parents ne devraient être tenus de répondre de ce dommage aux termes du § 832 du BGB.. Du moment que le lien **causal** fait défaut entre le dommage et l'absence de surveillance, on ne saurait leur faire nul grief. En effet, en tout état de cause, on ne pourrait dire que le dommage produit se présente comme une conséquence **normale et adéquate** du défaut de surveillance. Car, admettons que les parents en question aient surveillé **convenablement** leur enfant, on ne peut nier que même dans cette hypothèse le dommage se fût produit. La raison en est que les parents sont en droit de permettre à leur enfant de jouer à la balle, sans violer nullement leur devoir de surveillance (42). Outre qu'ils peuvent légitimement lui permettre ce jeu, ils ne sont pas obligés de le surveiller **de près** pendant le jeu, - qui paraît, par nature, **innocent** (43).. Donc, même si les parents avaient

(42) En sens contraire, voir cet arrêt de la jurisprudence française: Cour de cassation française, JCP 1966, II, 14567. - Pour un commentaire critique de cet arrêt, voir *Tunc A.*, L'enfant et la balle, réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, SJ/JCP I (1966), 1983.

(43) Dans une espèce fort analogue, la Cour de cassation française a retenu la responsabilité des parents d'un enfant qui avait *malencontreusement* blessé son camarade de jeu. L'enfant, auteur du dommage, voulant envoyer la balle à son camarade, il lui avait, *accidentellement*, envoyé «de la terre.» La *maladresse* de l'enfant a été considérée par les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, comme une «*activité (!)*» nécessitant surveillance.. En effet, comme *Tunc* souligne aussi dans son commentaire sous cet arrêt, déjà cité à une note précédente (voir *supra*), le préjudice était un *pur accident*.. Voir Cour de cassation française, JCP 1966, II, 14567; - *Tunc, op. cit.* Dans de tels cas, peut-on *réellement* reprocher quoi que ce soit aux responsables légaux? Nous en doutons.. Dans son commentaire cité auparavant, *Tunc* écrit ceci à ce propos :

«Approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond ont vu une négligence *fautive* dans le fait de laisser un enfant de neuf ans (en compagnie d'un autre de onze ans) s'amuser dans un terrain vague, *hors de toute* surveillance, à envoyer des coups de pied dans une petite balle. En fait, le jeu paraissait *bien innocent*, et la faute du père, *bien douteuse*. La faute consiste-t-elle à avoir laissé l'enfant jouer à la balle dans un terrain «vague»? Mais qu'est-ce qu'un terrain «vague»? Ce n'est pas dans un parc à la française ni dans un jardin japonais qu'un enfant doit jouer au ballon.»

«A supposer que le père ait commis une faute de surveillance, encore faudrait-il, pour qu'il mérite d'assumer la responsabilité de la *maladresse* de son enfant, qu'un lien de *causalité* unisse ce défaut de surveillance à cette maladresse. Il est clair qu'il n'en est rien. Si le père avait *surveillé* son fils, comme l'arrêt semble lui *reprocher* de ne pas l'avoir fait, il n'aurait

exercé la surveillance voulue, l'enfant eût pu tout aussi bien commettre l'acte dommageable (44).

Les réflexions de l'auteur se terminent ainsi. Nous en retiendrons particulièrement que, selon lui, la formule de la seconde preuve libératoire peut donner lieu à des **malentendus**; que cette autre possibilité d'exonération va de soi; qu'il est dès lors **superflu** de la prévoir **expressément**; qu'il s'agit de l'absence de la causalité **proprement dite** et non une absence de causalité quelconque, n'ayant rien à voir avec le défaut de soin d'une part et la production du dommage d'autre part. Il souligne aussi que les responsables légaux ne sauraient répondre d'un manque de soin dans l'abstrait, mais qu'ils sont tenus seulement d'un manque de **soin réellement** causal (45).

1.2.10. Ruhl

Un autre auteur, **Ruhl**, qui a étudié la responsabilité civile des surveillants légaux et contractuels en Droit allemand, considère la deuxième preuve libératoire comme une preuve d'absence de **causalité** avant tout (46). Il fait remarquer que la nécessité d'un rapport causal entre le défaut de soin et le préjudice va **de soi**. La disposition qui prévoit la seconde preuve d'exonération serait, dès lors, **superflue** si on l'interprète dans le sens d'une preuve de causalité. Il est clair que le seul défaut de soin causal peut obliger le surveillant à réparer le dommage causé.

évidemment pas pu *empêcher* l'enfant de frapper à côté de la balle. Que l'enfant ait été «*hors de toute surveillance*» eût été pertinent s'il avait commis quelque *mauvaise* action. Mais c'est *sans* aucun rapport avec la maladresse qu'il a commise.»

«L'arrêt s'efforce de *tourner* le fait en déclarant que l'accident était *prévisible*, donc que le père ne peut prétendre qu'il ne pouvait *l'empêcher*. La discussion s'enlise. *Prévisible? Imprévisible?* La question, en premier lieu, ne veut rien dire: le jeu créait un *risque* d'accident, mais un risque *dérisoire*. On déclare pourtant que l'accident était *prévisible*. Mais, dans la mesure même où il l'était, il faudrait admettre, semble-t-il, que la victime en avait *accepté* le *risque*, ce que ne fait le pourvoi. Enfin, si l'accident était *prévisible*, la faute du père n'est pas d'avoir laissé l'enfant sans surveillance, mais de lui avoir *permis* ce jeu, que chacun jusqu'ici considérait comme anodin, et qui consiste à «envoyer des coups de pied dans une petite balle.» Soyons francs: *l'accident* n'est pas de ceux qu'un «*bon* père de famille» devait faire entrer dans ses *prévisions*.»

(44) *Jerusalem*, p. 42 et n. 1. - Dans ce sens, comp. aussi: *Feder*, p. 104 et *Pfeiffer*, p. 51.

(45) Pour tout ce qui précède, voir *Jerusalem*, p. 42 et n. 1.

(46) Voir *Ruhl*, pp. 97 ss.

Par ailleurs, la formule qu'utilise la loi à ce propos serait aussi **incompréhensible**. En effet, le lien causal ne peut être absent que si **avant** même l'arrivée du préjudice une autre chaîne causale intervient. Au contraire, lorsqu'après la production du dommage une nouvelle chaîne de causalité entre en ligne de compte, cette disposition à caractère exceptionnel du § 832 **BGB** - par exemple - ne saurait trouver application. L'appréciation de cette disposition devrait être telle qu'on vient d'indiquer; mais, à sa lecture, on pourrait parfaitement arriver à une interprétation tout à fait **différente**.. Car la **formule** même de la loi permettrait aisément une conception s'écartant nettement de celle proposée par l'auteur - la plus heureuse, outre que la seule possible, selon lui. - Pour en tenir compte, **R. Merkel** par exemple (47), avait suggéré la formule suivante à la place de celle actuelle: «s'il (le responsable s'entend) prouve qu'il n'a pas causé le dommage fautivement.» La proposition de **Merkel** serait, pour **Ruhl** aussi, **plus** claire et ne provoquerait, du reste, **aucun malentendu** (48).

En prévoyant expressément cette autre possibilité de libération, la loi voudrait, encore une fois, souligner qu'elle exige un lien de causalité entre le dommage et le défaut de surveillance et qu'elle **présume** de plus ce lien jusqu'à preuve contraire. Le devoir de réparation mis à la charge du responsable ne comprendrait, ainsi, pas **aussi** le dommage qui serait arrivé même en **l'absence** du fait qui l'oblige à réparation, à savoir le manque de diligence. Par ailleurs, s'agissant ici d'une **évidence**, qui ne serait, du reste, mentionnée nulle part dans la loi, sa mention au § 832 **BGB** - par exemple - serait nettement **superflue** (49). La nécessité d'un lien de causalité n'est, d'après l'auteur, justement pas une condition à **part** de la responsabilité civile, étant donné qu'elle est de toute façon **impliquée** par la nécessité même d'une **faute** commise par le responsable (50)..

En fin de compte, la question de la seconde preuve libératoire se réduisant essentiellement à celle de la causalité **présumée**, la loi n'aurait pas bien fait de consacrer cette preuve expressément.

(47) Cf. *Merkel*, p. 137.

(48) Dans le même sens, comp. aussi: *Pfeiffer*, p. 51; *Feder*, p. 105; *Schütz*, Die Haftung für das Verschulden von Gehilfen nach dem *BGB*, Thèse Jena, 1901, p. 87.

(49) Cf. *Ruhl*, p. 98 n. 2, où il se réfère d'ailleurs à *Planck*, rem. 2, b au § 249 *BGB*.

(50) Comp. aussi *Feder*, p. 105.

1.2.11. von Caemmerer

von Caemmerer examine aussi le problème de la seconde preuve libératoire (51). On sait que le Tribunal d'Empire a pu estimer qu'il y aurait lieu à appliquer cette preuve lorsque la personne dont répond le responsable légal s'était comportée de façon **irréprochable** (52).. Ainsi, si l'on peut dire qu'un employé bien choisi, bien surveillé, etc. se serait conduit de la même manière que l'employé en question, on doit écarter la responsabilité de l'employeur, étant donné que dans une pareille hypothèse la preuve libératoire prévue, entre autres dispositions, au § 831, al. 1 du **EGB** se trouverait rapportée.. Ce raisonnement est pour **von Caemmerer** **inexact**. Au point de vue de cet auteur, en prévoyant cette deuxième preuve libératoire, le législateur aurait songé à des cas où l'usage du soin requis par la loi n'eût pas, non plus, **prévenu** l'acte fautif de l'auxiliaire. Dès lors, cette preuve ne serait pas adéquate pour les hypothèses où l'employé aurait causé un dommage par une conduite entièrement **irréprochable**.. Et, elle ne devrait pas conduire à l'exonération dans de telles hypothèses. Car, ajouterions-nous, malgré le comportement irréprochable de l'employé, la possibilité d'un comportement critiquable de l'employeur reste toujours **ouverte** (53).. Dans de pareils cas, on devrait, de prime abord, admettre que le choix de l'auxiliaire n'a pas été fait avec soin. Sinon d'ailleurs, l'employé n'eût pas été engagé du tout. Mais, du fait qu'une autre personne ne pourrait être embauchée si rapidement, l'activité à l'origine du dommage n'aurait pu être déployée. Le manque de soin dans le choix de l'auxiliaire paraîtrait ainsi **causal** dans le déroulement de l'accident dommageable. Mais alors, on objecterait à cela qu'une telle conséquence ne peut être comprise dans le **but** de **protection** de la norme violée. En effet, le devoir de choisir son personnel soigneusement ne serait destiné qu'à protéger les tiers contre les actes dommageables **fautifs** des auxiliaires de l'employeur, et non contre leurs comportements seulement **critiquables** - sans être cependant colorés d'une faute. Alors, dès qu'on reconnaît cette vérité, on doit

(51) Voir von *Caemmerer*, pp. 413 s, p. 432 et pp. 537 ss.

(52) Voir, par exemple: *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315).

(53) Voir l'auteur lui-même, par ex. p. 538; - dans le même sens, voir *Sungurbey*, pp. 143 - 144. - Remarquons tout de suite que selon *von Caemmerer*, la responsabilité de l'employeur ne devrait être de rigueur lorsque l'employé a agi *irréprochablement*, alors que pour *Sungurbey*, la faute de l'employé n'étant nullement une condition de la responsabilité de l'employeur, la conduite irréprochable de l'employé n'y changerait rien. A ce dernier propos, voir la suite de nos développements où nous essayons de rendre compte de la conception de *von Caemmerer*; - voir, en Droit turc, aussi *Oğuzman*, *op. cit.*

admettre du même coup que, non uniquement la norme de la seconde preuve libératoire, mais également toute la norme de responsabilité du § 831 **BGB**, ne pourraient **s'appliquer** du tout dans le cas d'une conduite **irréprochable** de l'auxiliaire.

Les hypothèses de la seconde preuve libératoire constituent, selon l'auteur, uniquement des cas de **négation** de **causalité** de l'**omission**, omission du devoir de soin établi aux §§ 831, 832 et 833 **BGB** (54). Toutefois, l'auteur ne paraît pas très catégorique à ce propos.. Il relève aussi que dans les cas d'omission, la causalité en question est toujours une causalité **potentielle** et **hypothétique**, - et non une causalité dite **naturelle** (55). On doit, dans ces cas, se poser la question suivante: comment les «choses» se sont **effectivement** déroulées? et comment elles se fussent déroulées lorsqu'il y aurait eu comportement **conforme** au Droit? Alors, on devrait **comparer** le déroulement **réel** des faits avec celui hypothétique. Et il faudrait se demander si, compte tenu du **sens** et du **but** de la réglementation prévoyant une responsabilité, certaines circonstances **réelles** ou **hypothétiques** doivent ou non être prises en considération (56).. Lorsque l'on compare le déroulement effectif des faits avec celui hypothétique, il ne faudrait jamais perdre de vue qu'une telle comparaison demanderait beaucoup de **perspicacité** et de **bon sens**.. Il en serait ainsi dans les cas de **concurrence** de causes et d'**intervention** dans le déroulement causal. Il s'agirait, alors, ou bien d'une hypothèse d'**interruption** de causalité, ou bien de celle d'**accélération** de causalité. - A cet égard, il conviendrait, selon l'auteur, de **distinguer** nettement deux cas, dont le premier aurait trait à l'**überholende Kausalität** - qu'on pourrait donner par les termes de causalité accélérée -, et dont l'autre concernerait purement et simplement la **négation** de la causalité. Cette distinction serait difficile à faire, surtout dans les éventualités d'une causalité par **omission**, - ce qui est effectivement le cas aux §§ 831, 832 et 833 **BGB**.. L'auteur estime que ces dispositions et leurs semblables consacrent une sorte de négation de la causalité. Mais, **quoi** qu'il en soit, du point de vue de la conception de **von Caemmerer**, les distinctions

(54) Cf. *id.*, pp. 431 s.

(55) L'auteur renvoie, ici, afin de comparaison, aux ouvrages suivants: *Welzel H.*, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 7^e éd., Berlin, 1960, p. 188; *Larenz K.*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, § 14, III, b (p. 153); *Engisch K.*, *JZ* 1962, 190.

(56) Circonstances *réelles*, telles que les conséquences dommageables *inadéquates*, les avantages *non à compter*, etc.. - Circonstances *hypothétiques*, telles que les avantages *illicites*, l'*intervention* dommageable d'un tiers également responsable du dommage, etc.. - Pour ce qui précède dans le texte principal, et cette note: voir *von Caemmerer*, pp. 431 s.

terminologiques ne sont pas de grande utilité.. Il s'agirait, d'après lui, de **deux** espèces de problèmes, qui devraient être soigneusement distinguées, sous l'angle de la **politique juridique** également. D'une part, il serait question de savoir si le défendeur peut s'exonérer, en prouvant que le préjudice fût ou non arrivé - entièrement ou partiellement - même en **l'absence** de l'état de fait qui le rendrait responsable; - ce, **vue que d'autres** circonstances, **préexistantes** ou **survenues après coup**, eussent conduit au **même** dommage.. D'autre part, il s'agirait de déterminer si le défendeur peut objecter que même si la possibilité d'un comportement **conforme** au Droit avait existé, ce comportement eût aussi conduit ou non au même résultat préjudiciable.. La réponse à donner à ces deux questions différentes serait, suivant l'auteur, tout à fait **différente** (57). Nous pouvons en conclure également que dans le cadre des §§ 831, 832 et 833 **BGB**, c'est le problème posé en second lieu qui est en question, quoique les **délimitations** à ce sujet soient **assez difficiles** à faire, vu qu'il s'agit dans ces hypothèses non pas d'une causalité toute naturelle, mais seulement d'une causalité dite **potentielle** ou **hypothétique** (58).

2. Le Droit turc

2.1. La question en jurisprudence

Les arrêts de la jurisprudence turque relatifs à la seconde preuve libératoire sont très **rare**s, pour ne pas dire inexistantes..

Les quelques arrêts que nous allons relater ne concerneraient, à vrai dire, pas directement notre sujet. Nous en parlerons quand même, à toutes fins utiles..

Dans un arrêt relativement ancien (59), la Cour de cassation a estimé que le chef de famille devait prouver qu'il avait déployé la diligence nécessaire à l'effet d'empêcher le fait dommageable de la personne soumise à son autorité et sa surveillance, mais que de toute façon l'accident dont il était question en l'espèce présentait un caractère **d'inévitabilité** certaine.. Ainsi le responsable en vertu de la loi aurait-il le moyen d'échapper à sa responsabilité même s'il n'a pas effectivement exercé la surveillance exigée, ou qu'il n'est pas parvenu à établir le soin requis pour une raison tenant au fardeau probatoire. Il serait à

(57) Cf. *id.*, p. 414.

(58) Cf. aussi *Welzel H.*, *op. cit.*, p. 188; *Engisch K.*, *op. cit.*, p. 190.

(59) Cf. Cour de cassation turque, *E* 2007, *K* 1676, *T.* 11.9.1939, *Temyiz Kararları* (Les arrêts de la Cour de cassation) 1939 - 1940, pp. 275 s.

même de se dispenser d'établir l'existence de la première preuve libératoire, en rapportant donc la seconde. Le cas échéant, il lui serait donc permis de s'appuyer sur la seule deuxième des preuves d'exonération, lui offertes par la doctrine, sinon la loi elle-même..

Un autre arrêt de la haute Cour ne fait que **mentionner** cette deuxième possibilité d'exonération (60). On ne pourrait, dès lors, rien en tirer..

Un arrêt **différent** où nous rencontrons aussi le second moyen de libération se contente également de relever que le responsable légal en dispose (61).

Dans un arrêt relatif à l'application de l'article 55 COT (art. 55 COS), la Chambre de commerce de la Cour de cassation a dû s'occuper des hypothèses **d'interruption** de causalité. Quoique la responsabilité de l'employeur soit une responsabilité **sans** faute, il ne saurait être rendu responsable des suites dommageables d'un cas de **force majeure** ou du fait d'un **tiers**.. Et ce serait effectivement le cas dans l'espèce jugée par la Cour (62).

Un arrêt de la 15^e Chambre civile de la Cour de cassation, **le plus substantiel** parmi tous les arrêts concernant cette question de seconde preuve libératoire (63), affirme nettement que l'employeur ne devrait répondre du dommage causé lorsque le dommage se fût aussi produit même s'il avait déployé toute la diligence désirable. En particulier, dit l'arrêt, en substance, lorsque l'employé cause le dommage **intentionnellement** ou que le dommage provient, en fait, d'une **force majeure**, l'employeur ne devrait pas en répondre. Il faudrait, dans de pareils cas, reconnaître au responsable le droit d'échapper à sa responsabilité en démontrant que le préjudice serait en tout état de cause arrivé. - Remarquons que tout le monde n'est pas d'accord que l'employeur puisse aussi s'exonérer au cas où son auxiliaire aurait causé le dommage par un acte intentionnel (64).. Quant à la force majeure, elle est forcément admise par

(60) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 967/77, *K* 6563, *T* 5.12.1968, cité chez *Karahasan*, p. 568.

(61) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 279, *K* 1689, *T* 4.3.1971, cité chez *Karahasan*, p. 567.

(62) Cf. Cour de cassation turque, *TD* (Chambre de commerce), *E* 2090, *K* 2529, *T* 22.5.1972, *RKD* 1972, pp. 344 - 345.

(63) Cf. Cour de cassation turque, 15 *HD* (15^e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405, *T* 13.3.1975, cité chez *Karahasan*, p. 597.

(64) *Pro*: Cf. *Saymen/Eibir*, *Türk Borçlar Hukuku - Umumi Hükümler* (Droit des obligations turc - Dispositions générales), İstanbul, 1958, p. 427; *id.*,

tous en tant qu'événement exonératoire: elle interromperait nécessairement la causalité entre un état de fait donné et la production du préjudice, conclusion dont personne ne doute, ni ne songerait à en douter..

2.2. La question en doctrine

2.2.1. Divers auteurs

Pour de nombreux auteurs turcs, la seconde preuve libératoire consiste dans la réfutation pure et simple de la causalité entre le dommage et l'absence de soin (65)..

2.2.2. Kaneti

Kaneti pense qu'il s'agit ici de la preuve contraire à la présomption de causalité entre le préjudice et le manque de soin. Car, le préjudice se trouverait réputé, de par la loi, provenir du défaut de soin de la part de l'employeur, - par exemple (66).

2.2.3. K. Reisoğlu

Cet auteur affirme, d'une manière toute générale, que le deuxième moyen libératoire n'a pour objet que l'inexistence du lien causal entre le dommage et le comportement de l'employeur (67).

2.2.4. S. Reisoğlu

Selon lui, la seconde possibilité de libération concernerait, en fait, les cas d'interruption de la causalité entre le préjudice et le défaut de soin de la part de l'employeur, à savoir la force majeure, la faute du

Türk Medeni Hukuku - c. III Aile Hukuku (Droit civil turc - t. III Droit de famille), İstanbul, 1960, p. 487; Saymen, *Başkasının Fülinden Mesuliyet* (La responsabilité du fait d'autrui), İBD 1942, pp. 90 - 91; Feyzioğlu, p. 626. - Contra: cf. Akman chez Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, p. 688; Tandoğan (II), p. 70 n. 87.

(65) Cf. p. ex.: Oğuzman, p. 191; İnan A. N., *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler* (Droit des obligations - Dispositions générales), 3^e éd., Ankara, 1984, p. 290; İmre, pp. 149 - 150; Keskin, p. 319; Gönensay, p. 142; Köprülü B./Kaneti S., *Aile Hukuku* (Droit de famille), İstanbul, 1986, p. 305; Ayiter N., *Türk Hukuku'na Göre Aynı Çatı Altında Yaşama Vakıası* (Le fait de vivre sous le même toit selon le Droit turc), AÜHFD 17 (1960), 1-4, pp. 364 ss.

(66) Kaneti, p. 642.

(67) Reisoğlu, K., p. 44.

lésé lui - même ou celle d'une tierce personne. Si, dit - il, par exemple, lorsque la victime, voulant se suicider, se jette sous les roues d'une voiture, au que l'accident dommageable est dû à l'évanouissement soudain du conducteur d'un véhicule automobile, l'employeur ne devrait pas répondre du dommage. C'est parce qu'il n'y aurait pas alors de causalité adéquate entre le préjudice et la violation du «devoir de soin» mis à la charge de l'employeur par la loi (68).

2.2.5. Şenol

A son point de vue, dans l'hypothèse de la seconde preuve exonératoire, les mesures de soin ne se trouvent pas **prises..** Mais, le responsable peut démontrer que même si elles étaient prises, le dommage se fût quand même produit. Du reste, dans un pareil cas, le lien causal entre le dommage et l'absence des mesures requises ferait **défaut.** Alors, on pourrait parler de **l'interruption** de la causalité, et le responsable aurait la possibilité de **réfuter** ainsi la présomption de causalité prévue à son endroit (69).

2.2.6. Saymen

A l'avis de **Saymen**, il faut se garder de **confondre** la deuxième preuve libératoire avec la possibilité de libération résultant des moyens **généraux.** Dans le cas de force majeure par exemple, le dommage ne saurait être imputé - même **objectivement,** ajouterions - nous - ni à l'employé ni à l'employeur. Or, dans le cas de la seconde preuve d'exonération, il y aurait un acte dommageable impliquant **responsabilité** de l'employeur. Seulement, il n'existerait point une relation de cause à effet entre cet acte et le préjudice (70).. Pour illustrer sa pensée, l'auteur cite le cas d'un employé qui aurait causé le dommage à **dessein.** Dans de pareils cas, il faudrait, suivant - l'auteur, - admettre que l'employeur n'eût pas **empêché** la production du préjudice. Car, quoi qu'il fasse, il n'aurait pas eu le moyen d'écarter le préjudice (71). - Et, le chef de famille, lui aussi, pourrait se libérer de sa responsabilité en établissant qu'il a respecté son «devoir» légal de soin et que le dommage s'est **quand même** produit (72).

(68) *Reisoğlu S.*, p. 120.

(69) *Şenol*, p. 627.

(70) Cf. *Saymen*, pp. 90 - 91. - Dans le même sens, les auteurs cités par lui : *Gönensay S.*, *Borçlar Hukuku* (Droit des obligations) (en turc), İstanbul, 1934, p. 191; *Şakir S./Hulûsi F.*, *Borçlar Kanunu Şerhi* (Commentaire du Code des obligations) (en turc), İstanbul, 1926, p. 159.

(71) Cf. *Saymen*, pp. 90 - 91.

(72) Cf. *Saymen/Elbir*, *Aile Hukuku* (Droit de famille), p. 487.

2.2.7. Feyzioğlu

Feyzioğlu considère, de son côté, qu'il est permis au responsable légal de recourir à la seconde preuve libératoire, soit **avant** d'avoir essayé de réussir dans la première preuve libératoire, soit après (73). Le responsable aurait le droit de choisir entre ces deux voies.

Cette autre possibilité d'exonération signifierait, selon l'auteur, que le responsable mettrait ainsi **en évidence** que ses **moyens** n'eussent pas suffi à prévenir l'acte dommageable. Autrement dit, il pourrait aussi s'exonérer en démontrant **l'absence** du lien **causal** entre le dommage et son devoir de soin (74). En effet, en rapportant cette preuve, le responsable prouverait du même coup que le préjudice n'a point de rapport avec **l'existence** ou **l'inexistence** du soin requis de lui (75). Dans les cas où le dommage serait en fait dû à la force majeure, au cas **fortuit** ou à la conduite **intentionnelle** (76) de l'employé, l'employeur pourrait se fonder sur ce deuxième moyen libératoire. Il serait, dans de telles conditions, clair qu'il n'aurait pu empêcher le dommage de se produire **malgré** tout le soin **possible** de sa part (77)..

2.2.8. Tekinay et Akman

Tekinay, se ralliant à l'opinion de bon nombre d'autres auteurs, pense que si le préjudice ne provient pas en fait de l'inexistence des précautions de soin qu'on attend de l'employeur, mais qu'il est dû à **d'autres** causes, l'employeur ne devrait plus être tenu pour responsable d'avoir endommagé quelqu'un par son manque de soin. Car, de toute façon, il pourrait établir que même s'il avait assuré les précautions nécessaires, le dommage se fût **aussi** produit. Au point de vue de cet auteur, dans une pareille hypothèse, le préjudice réalisé n'aurait **aucun** rapport avec l'absence de soin (78). Et, il fournit, à ce sujet, l'exemple ci-après. Supposons que, écrit-il, un employé se trouve au service de son employeur comme chauffeur. Que, quand il est en train de l'amener à son bureau de travail, il soit obligé de klaxonner afin de ne pas **écraser** un piéton. Que ce dernier, qui marche distraitement, soit pris d'une crise

(73) *Feyzioğlu*, p. 625.

(74) *Id.*, p. 625.

(75) *Id.*, p. 626.

(76) En ce qui concerne le dommage causé par un acte *intentionnel* de l'employé, dans le même sens: *Saymen*, pp. 90 - 91; - *contra*: *Akman* chez *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 688 et *Tandoğan* (II), p. 70 n. 87.

(77) *Feyzioğlu*, p. 626. - Voir encore les notes 316 et 317 chez l'auteur-lui-même..

(78) Cf. *Tekinay* chez *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, p. 687.

cardiaque en entendant la voix du klaxon et qu'il meure subitement, à l'instant même (79). - **Akman** fait continuer les raisonnements de **Tekinay** comme suit. Dans cet exemple, il faut admettre que l'employeur puisse s'exonérer de sa responsabilité en établissant l'absence de **causalité adéquate** entre le dommage et l'inobservation de son devoir de soin. La seconde preuve libératoire **impliquerait**, ainsi, la preuve de **l'interruption** de la causalité. Il est connu que lorsque le préjudice résulte, en réalité, d'un cas de force majeure ou de la faute de la victime ou encore de celle d'un tiers, la causalité est interrompue. Par ailleurs, l'idée, **répondue** dans la doctrine, selon laquelle la disposition prévoyant la seconde preuve libératoire serait à la fois **insensée** et **superflue** paraît **juste** à cet auteur. Parce que, dit-il, la force majeure, la faute du lésé et celle d'un tiers constituent, de toute façon, des moyens **généraux** de libération de la responsabilité. La causalité étant d'ailleurs interrompue dans ces hypothèses, l'employeur ne saurait répondre du dommage causé. C'est dire qu'il n'était pas **nécessaire** de relever ce principe du Droit commun encore une fois (80).. En outre, l'auteur critique aussi ce point de vue que, lorsque le préjudice a été causé à **dessein** par l'employé, l'employeur ne saurait être tenu pour responsable du dommage causé. Car, pense-t-on (81), la deuxième preuve libératoire serait rapportée dans ce cas. Pour **Akman**, cette hypothèse n'aurait **rien** à voir avec le second moyen d'exonération. Elle n'intéresserait, suivant lui, que cette autre condition de la responsabilité de l'employeur, selon laquelle le préjudice causé par l'employé doit l'être **pendant le travail** qu'il exécute (82).

Nous savons que dans le but de lui trouver un **autre** domaine **d'application**, on propose ce qui suit. Lorsque le lésé ou le tiers ne pourraient être considérés comme **fautifs** du fait de leur absence de **discernement**, ou qu'il serait question des cas **fortuits** n'atteignant cependant pas le degré de la force majeure, la seconde preuve libératoire devrait également s'appliquer. Et, cette application aurait, réellement, une portée tout à fait **pratique**.. **Akman** opine que cette vue est **artificielle** (83).

(79) *Id.*, p. 688 n. 4 c.

(80) Cf. *Akman*, p. 688.

(81) Voir, p. ex. *Feyzioğlu*, p. 626; Cour de cassation turque, 15 *HD* (15^e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405., *T* 13.3.1975 cité chez *Karahasan*, p. 597.

(82) *Id.*, p. 688 n. 4 c.

(83) *Akman*, p. 688 n. 4 d. Dans le même sens: *Tandoğan* (II), p. 71.

2.2.9. Karahasan

D'après **Karahasan**, cette preuve est celle qui consiste, pour le responsable, à démontrer l'**inexistence** du lien **causal** entre le dommage et l'inobservation du devoir de diligence incombant à lui. Même si l'employeur n'a **effectivement** pas déployé la diligence nécessaire, il peut toujours essayer d'établir que le résultat préjudiciable ne provient pas, en fait, de son défaut de diligence. Il serait dans la possibilité de **réfuter** ainsi la présomption de causalité prévue par la loi à son endroit (84).

Cet auteur considère, tout comme bien d'autres, qu'il est question ici, en particulier, de l'**interruption** de la causalité du fait de la faute propre du lésé, celle d'un tiers et la force majeure (85). Cette preuve présenterait également une certaine importance **pratique** dans les cas suivants: si le comportement en soi fautif du lésé ou du tiers ne peut pourtant leur être **imputé** à faute à cause de leur **absence** de **discernement**, ou que le cas **fortuit** ne présente pas, en l'espèce, l'intensité d'une **force majeure**. Nous reproduisons de suite les exemples qu'il donne afin d'illustrer ses propos. Il en serait ainsi lorsqu'un malade mental se jette sous les roues d'une voiture, ou qu'un conducteur de véhicule automobile s'évanouit tout d'un coup, ou encore qu'un chauffeur commence soudain à souffrir d'une paille dans les yeux, ou de même qu'un malade de coeur meurt subitement à la voix d'un klaxon (86)..

2.2.10. Imre

Suivant l'opinion de **Imre**, cette possibilité d'exonération constitue un cas d'application **particulier** des principes **généraux** sur l'exonération (87)..

Quant au contenu de cette autre preuve de libération, il aurait pour but de démontrer qu'en dépit de l'inexistence des précautions de soin, le préjudice n'a pas de rapport avec cet état de fait, de sorte que même si elles avaient été prises, le préjudice se serait **aussi** produit (88).. Ici, il serait, selon l'auteur, question de l'**interruption** du lien de causalité **adéquate** entre le dommage et l'absence des précautions exigées, du fait de la force majeure, la faute du lésé ou celle d'un tiers (89). Or, ces

(84) *Karahasan*, p. 334.

(85) *Id.*, p. 334.

(86) *Id.*, p. 335.

(87) *Imre*, pp. 149 - 150; - en ce qui concerne la responsabilité du *chef de famille*, voir p. 163.

(88) *Id.*, p. 149.

(89) *Id.*, *loc. cit.*

causes de non-responsabilité étant de portée **générale** et partant applicables dans tous les cas de responsabilité, de quelque nature que ce soit, leur mention à **part** à l'article 55 COT (art. 55 COS) peut paraître **insensée**, ainsi que **superflue**. Et l'auteur semble **participer** ce point de vue (90).

İmre considère également que cette disposition prévoyant le second moyen d'exonération ne peut avoir une importance **pratique** que dans des hypothèses exceptionnelles suivantes. Les fautes commises par des personnes **incapables** de **discernement** ne peuvent, dans la règle, être prises en considération. La norme de l'article 54 COT (art. 54 COS) n'est qu'une réglementation **spéciale** à cet égard qui ne pourrait trouver application dans les autres cas de responsabilité civile, - cas normaux s'entend. Et lorsqu'il ne serait point possible de tenir compte du fait «fautif» soit du lésé soit d'un tiers à cause de leur absence de discernement, grâce à la règle de l'article 55 COT (art. 55 COS) ce serait **possible**. De même, lorsqu'on serait en présence d'un cas **fortuit** qui n'atteint pas le degré nécessaire pour constituer un cas de force **majeure**, on pourrait **encore** utiliser cette seconde preuve libératoire, et ce d'une manière valable (91). Nous **retrouvons** là les idées plus ou moins **répandues** et **admises** par une bonne partie de la doctrine, tant **suisse** que **turque** (92).

2.2.11. Ünal

Ünal écrit à ce propos (93) que la seconde preuve libératoire n'a point d'application **en principe**. Son opinion, comme on le constate, se trouve **conforme** à la position de la doctrine à cet égard, position adoptée par de nombreux auteurs. Car, cette autre preuve ne peut, dans la règle, posséder un domaine d'application **propre** à elle. En effet, elle apparaîtrait **ou bien** sous la forme de la **première** de ces preuves libératoires, **ou bien** sous la forme de **l'interruption** de la **causalité** pour des motifs **généraux** de libération, à savoir la force majeure, la faute prépondérante du lésé ou celle d'un tiers..

Dans ces conditions, il n'était **nul besoin** de consacrer cette preuve expressément dans la loi. Il serait clair que même si elle n'était pas mentionnée du tout dans la loi, les responsables légaux pourraient de

(90) *Id.*, pp. 149 - 150.

(91) *Id.*, p. 150.

(92) Voir toutes nos *autres* références, ainsi que les textes principaux auxquels elles se rapportent..

(93) Cf. *Ünal*, pp. 134 ss.

toute façon en **profiter**. Du moment que la causalité est une des **conditions** de ces responsabilités aussi, au cas où le défaut de soin éventuel de la part des responsables ne constituerait pas la cause **adéquate** du dommage, ils ne sauraient en être tenus. En conséquence, la réglementation de ce moyen exonératoire dans le code devrait être considérée comme **superflue**..

Mis à part les hypothèses où les motifs généraux d'irresponsabilité entreraient en ligne de compte, les hypothèses où la deuxième possibilité d'exonération trouverait application paraissent à l'auteur **rare**s. De ce fait, la deuxième preuve libératoire ne pourrait trouver un domaine d'application entièrement **propre** que dans des cas **exceptionnels**. Et s'il faut appliquer cette autre preuve de libération, cela signifierait que le lien causal entre le dommage et l'état de fait dont répond le responsable ferait défaut.

Finalement, la mention expresse de la seconde preuve libératoire ne changerait pas **tellement** le résultat au point de vue **pratique**..

2.2.12. Tandoğan

L'auteur considère que **d'une part**, le responsable peut par cette preuve **réfuter** l'existence de la **causalité** entre le dommage et l'inobservation de son devoir de diligence, et que **d'autre part**, il peut démontrer, en particulier, **l'interruption** de la causalité, interruption qui serait due à la force majeure, à la faute du lésé ou encore celle d'un tiers (94).

En outre, l'auteur souligne, à l'instar de bien d'autres d'ailleurs (95), que cette autre preuve de libération aurait de l'importance lorsque l'endommagé lui-même ou un tiers ne pourraient être considérés en faute pour absence de discernement ou qu'il s'agirait d'un cas fortuit n'ayant pas le degré d'intensité d'une force majeure (96).

Il relève surtout que cette preuve à caractère exceptionnel **se convertit** la plupart du temps en la **première**. Alors, elle pourrait aisément paraître **superflue**, puisqu'elle ferait **double emploi** avec la première. Ainsi - même si l'auteur ne le dit pas ouvertement -, nous pouvons admettre qu'elle ne servirait pas à grand'chose.. Pour revenir aux propres considérations de l'auteur lui-même, car, dit-il, en prouvant, par exemple, qu'un employé **ad hoc** aurait causé le même préjudice, l'employeur prouve du même coup qu'il a été **diligent** dans le choix de son

(94) Cf. *Tandoğan* (II), p. 70.

(95) Voir toutes nos références..

(96) *Id.*, (II), p. 71.

employé. Et, en fait, cette preuve ne pourrait être qu'une manière **différente** d'établir la première preuve libératoire. Ainsi la deuxième preuve libératoire signifierait **aussi** que le soin déployé serait **suffisant**.. Mais alors, se demanderait-on, à **quoi sert proprement** la deuxième possibilité d'exonération? Pour l'auteur, cette autre preuve ferait simplement partie de la **première** (97).

2.2.13. Eren

Cet auteur commence à réfléchir par ce que pour retenir la responsabilité de l'employeur, il doit y avoir un lien de **causalité adéquate** entre le préjudice réalisé et la violation du devoir objectif de soin mis à sa charge par la loi (98). A cet égard, le code partirait de cette présomption que le soin requis ne serait pas déployé et que le dommage constituerait la cause adéquate de l'inobservation du devoir de soin. De ce fait, lorsque l'employeur prouve qu'il se fût **aussi** produit même s'il avait déployé la diligence voulue, il peut échapper à sa responsabilité. Il s'agirait, ici, de **l'interruption** de la causalité. Donc, le législateur aurait reconnu au responsable un **autre** moyen pour écarter sa responsabilité. On sait que les causes qui sont propres à **interrompre** le lien causal entre le préjudice et un état de fait légal sont au nombre de trois: ce sont la force majeure, la faute du lésé et celle d'un tiers. Ces moyens trouvent également application quand il est question de la responsabilité de l'employeur. Ce sera le cas, par exemple, lorsque le lésé se jette sous les roues d'un train pour se suicider.. De même, lorsqu'un employé occupé à refaire le toit d'une certaine maison laisse tomber des tuiles sur un passant à la suite d'un tremblement de terre, ou qu'il fait le même mouvement malheureux du fait qu'une autre personne le pousse tout d'un coup.. Dans de telles hypothèses, puisque la causalité entre le dommage et le comportement de l'employé serait **interrompue**, l'employeur ne saurait plus être considéré comme responsable du dommage.

Et, l'auteur ne paraît pas partager le point de vue de la doctrine, dominante selon lui, que le législateur n'aurait pu, par la seconde preuve exonératoire, entendre, en fait, les cas **d'interruption** de causalité.. En effet, l'employeur aurait, de toute façon, à sa disposition les moyens dits généraux de libération, qui ont pour contenu l'interruption de la causalité. Donc, ce que pourrait avoir cette autre preuve pour sens, ce serait l'hypothèse où le manque de soin ne serait nullement dans un

(97) *Id.* (II), *loc. cit.*

(98) Pour tout le passage concernant ce sujet, cf. *Eren* (II), pp. 292 - 293.

rapport de **cause à effet** avec la production du préjudice. En conséquence, lorsque l'employeur aurait confié le travail à exécuter à un employé inadéquat ou trop jeune pour le travail en question, il devrait quand même se libérer, en démontrant simplement que dans le cas où il s'était servi d'un employé adéquat ou assez mûr, le préjudice se fût également produit.. L'auteur, qui ne paraît pas partager la conception de la doctrine «**dominante**» à cet égard, écrit qu'il ne faut pas perdre de vue que cette conception **transforme**, en fait, la seconde preuve libératoire en la première..

Par ailleurs, dans un contexte **différent**, précisément à propos de la causalité dite aussi **hypothétique** (99), l'auteur relève que dans certains cas, c'est la **loi** elle-même qui régleme l'exonération du fait de la causalité hypothétique. Il en serait ainsi des articles 55, 56 et 102 COT (art. 55, 56 et 103 COS). En vertu de l'article 55 du CO par exemple, l'employeur peut s'exonérer de la responsabilité qui le frappe, en établissant qu'il n'eût pas empêché la réalisation du préjudice même s'il avait déployé tout le soin nécessaire, - soin qu'il eût dû déployer mais qu'en fait il n'a point déployé.. L'auteur pense qu'il est **exceptionnellement difficile** pour l'employeur ou le détenteur d'animaux de rapporter une telle preuve dans la **pratique** (100).

3. Le Droit suisse

3.1. La question en jurisprudence

Les arrêts relatifs à l'application de la seconde preuve libératoire sont **rare**s dans la jurisprudence suisse aussi. Certains d'entre eux, concernant l'article 55 COS, s'y rapportent, sans cependant **s'occuper** réellement de la question, sans **conséquence** pour ainsi dire (101). Et d'autres, également au sujet de l'article 55 CO, se trouvent loin **d'approfondir** le problème. Nous verrons ces derniers plus tard.

Quant aux arrêts rendus en application de l'article 56 COS, il en va de même. Ils sont encore beaucoup moins nombreux que ceux rendus en application de l'article 55 COS. C'est pourquoi, nous les laisserons de côté.

Et ceux qui sont relatifs à l'article 333 CCS, ils sont presque

(99) Pour cette notion, voir, entre autres auteurs, *Eren* lui-même (I), pp. 164 ss; (II), pp. 207 ss.

(100) Cf. *id.* (I), p. 170; (II), p. 211.

(101) Voir, p. ex.: ATF 24 II 873; ATF 34 II 270; ATF 56 II 290; ATF 57 II 42; ATF 64 II 262; ATF 70 II 217.

inexistants. Quoique ce problème soit à peu près ignoré par la jurisprudence concernant l'article 333 CCS (art. 320 CCT) et qu'elle soit quasiment **muette** sur les points de repère pour en juger sainement, nous nous en occuperons quand même.. Car, le manque de **clarté** même au sujet de la question nous semble très **significatif**..

Il n'existe, à notre connaissance du moins, aucun arrêt rendu à propos de l'article 333 CCS (art. 320 CCT) où la seconde preuve libératoire soit traitée expressément. Toutefois, on pourrait, estimons-nous, **utilement** se référer à des jugements qui examinent la causalité ou la nécessité d'un soin dit spécial ou encore le soin non requis en l'espèce (102).

Quelques arrêts **touchent** quand même le problème, quoique d'une manière **indirecte**. Nous allons considérer ces arrêts.

Dans un arrêt (103), un père, qui n'avait pas en l'espèce la qualité de chef de famille, avait offert à son fils un flobert à air comprimé, dont l'usage par l'un des camarades à lui avait occasionné un préjudice. Le Tribunal fédéral a jugé que l'on pourrait douter que l'achat du flobert par le père fût même une **condition** de l'accident dommageable. Car, dit-il, il est à tout le moins possible que le fils du défendeur eût acheté lui-même ce jouet dont il avait envie, même si son père avait refusé de le lui donner. Dans tous les cas, l'acte du père n'était pas la **cause adéquate** du résultat préjudiciable. En effet, c'est par un enchaînement **extraordinaire** de circonstances **exceptionnelles** que le cadeau fait au fils par le père se trouvait **relié** au dommage subi par le lésé. Quant à la mère, chef de communauté domestique en l'espèce, elle ignorait l'achat du flobert et elle n'en a eu connaissance que plus tard; donc, elle ne pourrait, non plus, être tenue pour responsable d'avoir permis à leur enfant de jouer avec ce jouet dangereux et par là d'avoir commis un défaut de surveillance. Apparemment, l'arrêt ne paraît poser que la question de la **causalité**, et nullement celle de la seconde preuve libératoire.. Toutefois, **d'abord**, il s'occupe quand même de la causalité, notion qui a certainement une importance également dans le cadre de la deuxième preuve exonératoire. En effet, le manque de causalité fait aussi du domaine de cette preuve particulière, soit **directement**, soit **indirectement**. Si le responsable peut établir l'absence de causalité entre son comportement et le dommage, il rapportera du même coup la seconde preuve de libération. On ne pourrait nier que le problème de la causalité et celui du deuxième moyen d'exonération soient **intimement**

(102) Voir, p. ex. *Koçisarlioğlu* (I) et (II), différents endroits.

(103) Cf. ATF 41 II 91 ss.

liés l'un à l'autre.. **Ensuite**, après avoir relevé l'inexistence de la causalité proprement dite entre le préjudice et le défaut de soin, l'arrêt dit en substance que même si le père avait **refusé** d'acheter le flobert à air comprimé à son fils, le dommage eût pu se produire.. Ainsi supposé qu'il n'ait pas manqué au soin voulu de sa part, il n'aurait tout de même pu prévenir le fait dommageable, du moment que, estimons-nous, il s'agit d'un **accident..**, accident qui aurait pu aussi arriver **autrement**. Car, selon les termes mêmes de l'arrêt, l'enfant aurait, lui-même, pu acheter le jouet, instrument du préjudice. Dans ces conditions, il serait, pensons-nous, possible de dire que cet arrêt **admettrait**, implicitement du moins, que le responsable légal puisse s'appuyer sur le deuxième moyen libératoire.

Nous pourrions, croyons-nous, citer un **autre** arrêt à ce sujet (104). Dans le cas jugé, un enfant avait causé un dommage pendant qu'il était en visite dans une famille de connaissance de son père. A propos de la visite de l'enfant et ses conséquences déplorables, le Tribunal fédéral suisse a décidé que le responsable légal ne devrait pas en répondre. Car, même si le père avait **ignoré** la visite de son enfant et qu'il ne se soit pas **soucié** de ce qu'il ferait dans une maison étrangère, le préjudice se fût de toute manière produit. En effet, le seul fait de la **visite** n'aurait pas pu mettre l'enfant dans une situation **impliquant l'occasion** de dommages à l'endroit des tiers, occasion de dommages dont le père devrait répondre.. **L'éventuel** défaut de surveillance de la part du père ne se trouverait, ainsi, pas dans un rapport de **causalité** avec le préjudice survenu (105)..

L'omission à reprocher au responsable légal ne constitue pas donc un défaut de soin **causal**. Sous un angle **différent**, nous pourrions affirmer que même si l'omission - ignorance de la visite précisément - n'existait pas, le dommage eût pu se produire.. Par voie **indirecte**, ce serait la **seconde** preuve libératoire qu'on mettrait en cause. Ici aussi, le Tribunal fédéral aurait, au besoin, pu admettre **expressément** le deuxième moyen exonératoire. Même s'il ne l'a pas fait, nous pouvons, croyons-nous, constater que dans le cas où la visite en question constituerait une omission de surveillance et qu'elle n'existerait pas en fait, tout comme en l'espèce, le préjudice eût **quand même** pu se produire.

Dans le cas jugé encore, le Tribunal fédéral a souligné **aussi** que la

(104) Cf. ATF 43 II 209 ss.

(105) Cf. *ibid.*, p. 212, C. 4.

prétendue méchanceté de l'enfant ne serait pas, **non plus, causale** pour la survenance du préjudice. Du même coup, la surveillance dite **spéciale** ne serait pas **exigée** et son **éventuel** défaut n'aurait pas l'aspect d'une **cause** de l'accident dommageable (106). Ainsi, pensons-nous, que le responsable pourrait valablement prétendre que même s'il avait **bien éduqué** son enfant, le dommage eût pu arriver. Il y aurait là un **autre** cas **d'application** de la deuxième preuve exonératoire..

Le considérant dont nous parlons peut **fournir** une certaine ligne pour découvrir le domaine d'application de la deuxième possibilité d'exonération. En effet, la **nécessité** d'une surveillance sortant nettement de l'**ordinaire** serait **riche** d'exemples à ce sujet. Cette surveillance n'est **normalement** pas exigée du chef de la communauté domestique et la preuve d'une telle surveillance n'est pas à sa charge. Même si c'est, selon **nous, contraire** à l'esprit de la réglementation légale, bon nombre d'auteurs et d'arrêts admettent ce point de vue (107). Il incomberait donc au **lésé** d'établir la preuve de la nécessité d'une surveillance dite **spéciale**. Alors, pareille surveillance n'étant pas, en fait, exercée dans le cas particulier, le responsable pourrait-il se prévaloir que même s'il l'avait exercée, le préjudice se fût **aussi produit**?

Dans les cas où la jurisprudence suisse **refuse** d'admettre la nécessité d'une surveillance spéciale, elle paraît **également** admettre que **même si** le responsable l'avait exercée effectivement, le dommage se fût **aussi produit**.. Remarquons que les cas en question sont assez **nombreux**. On peut, dès lors, affirmer que le problème d'une surveillance spéciale a certainement de l'**importance** au point de vue de la seconde preuve libératoire.

Il convient de souligner qu'en pareilles hypothèses, la **causalité** proprement dite entre le manque de soin et le dommage ferait défaut également. Et encore, on peut aisément en déduire que les **circonstances** alléguées comme nécessitant une surveillance dite spéciale ne se trouveraient pas, non plus, dans une relation de **cause** à **effet** avec le fait préjudiciable. Ces circonstances ne seraient même pas dans un rapport **logique** ou **raisonnable** avec la production du dommage. Autrement dit, les **mesures** de soin nécessitées par ces circonstances n'apparaîtraient point **adéquates** pour permettre d'empêcher l'acte préjudiciable.. Il en serait ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agirait d'un acte

(106) Cf. ATF 43 II 209, C. 2. - Voir aussi, entre autres arrêts, ATF 52 II 329.

(107) Voir, p. ex.: *Egger*, rem. 20 à l'art. 333 CCS; *Brehm*, p. 7; ATF 38 II 474; ATF 57 II 131; RSJ 19 65; RSJ 32 248; RSJ 42 203; RSJ 44 109. - *Contra*: tout comme *nous-même* (I), p. 123 n. 27, *Oftinger*, II/1, p. 278 et n. 224..

de **désobéissance** de la part d'un mineur. Si le dommage est, en réalité, dû à un **autre** facteur que l'acte de désobéissance du mineur, ses désobéissances **précédentes - éventuellement en cause -**, en tant qu'auteur du préjudice, ne devraient pas être considérées comme **causales** pour l'arrivée du préjudice, - à moins que de telles obéissances ne soient **habituelles** de sa part..

Par là, on insiste **aussi** sur la nécessité de tenir compte des circonstances du cas **concret**, ainsi que la relation **raisonnable** entre les mesures requises du responsable et le dommage produit.. On essayerait, de la sorte, d'atteindre, autant que possible, la **réalité** des choses. Mais, par ailleurs, cette exigence aurait également des **répercussions** sur l'admission de la seconde preuve libératoire dans un cas donné. En effet, le responsable légal pourrait facilement invoquer que les précautions demandées dans l'espèce ne possédaient pas un caractère de **nécessité**, qu'elles ne sont pas dans une relation **suffisamment étroite** avec la production du dommage, en sorte que **même s'il** les avait **assurées**, le préjudice n'en serait pas **moins** arrivé.. Comme on le voit, cette preuve qui a un caractère **secondaire** en apparence peut **faciliter** au responsable de rapporter la preuve **principale**, selon laquelle il aurait pris les précautions de soin exigées par l'usage et les circonstances. Ce résultat est, suivant **nous-même**, **important**. Il y aurait là, estimons-nous, un **domaine** d'application **propre** à la deuxième preuve d'exonération.

Un **autre** arrêt (108) insiste particulièrement sur l'exigence d'un lien **causal** entre l'omission des mesures reprochée au responsable et le fait préjudiciable, - cause **directe** du préjudice. **In casu**, l'absence des instructions à l'endroit de l'auteur direct du dommage par le responsable légal et le défaut d'interdiction de l'activité dommageable n'ont pas été considérés comme **causals** pour l'arrivée du dommage. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir **si** ces mesures étaient ou non **requises** en l'espèce.. Car, a-t-il estimé, **même si** l'on y répondait par **l'affirmative** et que le responsable légal ait **négligé** de prendre ces mesures, leur défaut ne se trouverait pas dans une relation de **cause à effet** avec la production du dommage. La haute Cour exprime cette idée de la façon suivante: même si le responsable avait omis de défendre à son enfant de tirer sur des êtres humains avec le jouet dont il disposait, il ne devrait, de ce seul fait, répondre des suites dommageables de l'accident, dont la cause serait **ailleurs**.

(108) Cf. ATF 57 II 127 ss.

Oftinger cite cet arrêt afin de démontrer qu'un **quelconque** défaut de soin ne serait point **pertinent** s'il n'est pas en même temps **causal** pour la survenance du préjudice. Cette observation aurait le caractère d'un **principe** dans le domaine des responsabilités pour manquement à un devoir de soin. Elle vaudrait donc aussi quand il s'agirait d'appliquer les articles 55 et 56 COS (art. 55 et 56 COT). Puisqu'un tel principe doit régir toutes ces responsabilités fondées sur la violation d'un devoir de soin, il n'est pas, selon l'auteur, nécessaire de **recourir** encore à la seconde preuve libératoire. La loi aurait bien fait de s'en **passer** (109)..

Nous ne partageons pas **entièrement** ce point de vue. Car, la deuxième preuve libératoire nous paraît, en tout cas, assez **utile**. En effet, elle peut, **avant tout**, servir à déterminer et découvrir la **causalité**, qui a un caractère **bien aléatoire** dans ces espèces de responsabilités où le soin à déployer de la part des responsables se trouve plus ou moins **incertain**, et où la charge de la preuve se trouve **renversée** aux dépens des responsables..

C'est ce que nous pouvons encore une fois observer dans l'arrêt examiné. L'arrêt n'essaie, apparemment, que de résoudre le problème de la **causalité**. Mais, à sa lecture même, on peut comprendre que la seconde preuve libératoire peut **aussi** être en question, - et on peut le dire, croyons-nous, sans **forcer** les termes mêmes du jugement. On peut, en **inversant** la formule utilisée par le Tribunal fédéral, affirmer que même si le responsable avait **pris** les mesures en cause, le préjudice se fût **quand même** produit. Quant aux termes mêmes de l'arrêt, il dit en substance que même si le responsable a omis d'interdire ..., le dommage ne serait pas en relation de cause à effet avec cette omission. Nous en déduisons seulement que le problème de la causalité et celui de la seconde preuve libératoire tiennent entre eux des rapports **étroits**.. Mais, pourtant, ils n'en sont pas moins **distincts**. Il s'agit, en réalité, de **deux** notions séparées, dont l'une concerne la **causalité** et l'autre a trait au **soin** manqué en l'espèce. Cette dernière notion est, s'il nous est permis de parler ainsi, proprement **illicéité** même. Or, il est bien connu que la causalité est tout à fait **distincte** de l'illicéité quoiqu'ils aient des relations **intimes**, voire **très intimes**, entre eux.. Dès lors, tout comme on ne saurait **confondre** ces deux piliers de la responsabilité civile, on ne saurait **confondre** la causalité - plutôt son absence - et la deuxième preuve libératoire.. Nous pouvons, donc, considérer que la seconde preuve exonératoire se **distingue nettement** du défaut de la causalité. C'est un point **déjà acquis** pour nous..

(109) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 266 et n. 138.

Encore une fois, la seconde possibilité d'exonération sert **d'abord** à déterminer si une mesure de soin donnée est **nécessaire** ou non. Il se peut fort bien qu'on en décide en recourant **aussi** à la notion de la **causalité**. Rien ne l'empêche.. Ce serait une façon de **raisonner** comme bien d'autres.. Ce serait, du reste, un problème de **logique juridique**, qui a ses **propres** requisits. Mais, il ne faut jamais perdre de vue que la **manière** de découvrir une notion et le **résultat final** qu'on obtient à la fin du procédé de raisonnement en question, sont deux choses **bien différentes**. - Et une fois le problème de la nécessité d'une mesure de soin donnée résolu, la seconde possibilité peut **encore** servir à déterminer la causalité.. Que cette autre preuve d'exonération serve aussi à cette fin de découvrir une causalité **bien douteuse** ou bien «**cachée**», on ne perdrait rien à l'admettre.. On pourrait parfaitement dire: soit!

De toute manière, la deuxième preuve libératoire aurait pour fonction - **essentielle** peut-être - **d'écartier** les reproches de défaut de soin en **l'air**.. Des précautions de soin complètement **vagues** ne sauraient, ainsi, être demandées de la part du responsable. Et c'est déjà **beaucoup** pour accorder droit de cité à ce concept en droit de responsabilité civile, - croyons - nous fermement.

Un arrêt **cantonal** (110) a dû s'occuper du cas suivant. Un enfant minuer était en train de jouer avec un petit pistolet à plombs appartenant à l'un de ses camarades. Il avait, pour finir, crevé l'œil à son camarade, celui même dont il s'agit. La circonstance déterminante aux yeux de la **Cour civile de Fribourg** était que l'auteur de l'accident possédait une arme à feu. La Cour a rejeté la demande au motif qu'en l'espèce, il n'y avait pas de relation de cause à effet entre le défaut de surveillance **éventuel** de la part du responsable légal et le fait préjudiciable de l'enfant. L'arrêt se dispense de résoudre le problème de savoir si le fait reproché au défendeur, à savoir la permission de jouer avec un flobert à plombs, constitue ou non un manque de soin à la charge du responsable, tenu en vertu de la loi. **Quoi qu'il en soit**, dit l'arrêt, la Cour **estime qu'elle peut laisser indéci**se la question de défaut de surveillance reproché au défendeur, car, **même s'i; fallait admettre**, comme la Cour **incl**ine à le penser, que ce dernier **eût dû interdire** à son petit - fils le maniement d'un flobert avec des plombs, **il n'en resterait pas moins** que ce défaut de surveillance ne serait pas dans un rapport de **causalité** avec le résultat dommageable produit (111).

(110) Cf. FE 1961 5 ss.

(111) Cf. *ibid.*, p. 9.

Il ressort, **implicitement** du moins, de cet arrêt aussi qu'on ne peut **retenir** que le défaut de soin en rapport de **cause à effet** avec le préjudice, et non **n'importe lequel**.

Il résulte de l'arrêt en question également que si le lien causal paraît **de prime abord exclu**, le tribunal peut se permettre de se **dispenser** d'examiner et de résoudre le problème d'un défaut de soin **éventuel** de la part du responsable légal.. Nous pouvons **inverser** l'ordre des termes et des concepts, et dire que si une mesure de soin donnée ne paraît **pas d'ores et déjà nécessaire**, on serait à même de ne pas se poser et de résoudre la question de la causalité **éventuelle** entre son absence et la production du dommage.. Ainsi le responsable pourrait-il s'exonérer de sa responsabilité, en établissant **soit l'exercice** de la surveillance exigée, **soit la non - exigence** d'une mesure de surveillance donnée, **soit encore l'absence** de la **causalité**..

Remarquons que la relation de l'arrêt avec la seconde possibilité de libération nous semble assez **évidente** dans le cas jugé. En effet, c'est, en définitive, par suite d'un **concours** de circonstances **exceptionnelles**, et que ne pouvait **prévoir** ni **empêcher** le responsable **même s'il** avait **exercé** la surveillance prévue par la loi, que **l'accident** s'est trouvé produit. Ainsi, toujours selon l'arrêt, dans le **déroulement** des événements et **l'enchaînement** des circonstances qui ont amené **finalement l'accident**, **aucun** fait n'apparaît qui soit la **conséquence** d'un **défaut** de **surveillance**, au **sens** de l'article 333 CCS (art. 320 CCT), du grand-père sur son petit-fils. **Même si** le grand - père a **manqué** à ses devoirs de surveillance en **permettant** à son petit - fils de **jouer** avec un **flobert**, cette faute n'a pas eu **d'incidence** sur le **résultat** qui s'est **finalement** produit (112). - Relevons tout de suite que l'enfant avait causé le préjudice non pas avec le **flobert** que lui avait donné son oncle, mais avec le petit pistolet à plombs appartenant à son camarade, victime même de l'accident.. C'est pourquoi, la Cour a pu juger qu'il était sans **importance**, pour l'issue du procès, de savoir si le fait, pour le grand - père (responsable légal en l'espèce), de permettre à son petit - fils de jouer avec son flobert et de la munition constituerait ou non un **défaut** de surveillance de sa part. Du moins la Cour a-t-elle pu juger, ainsi, plus facilement qu'autrement.. Et toute la question consistait alors à déterminer si la permission dont il s'agissait en l'espèce avait ou non **joué un rôle quelconque** dans la production du dommage, - rôle qui devait, bien entendu, présenter le

(112) Cf. *ibid.*, p. 11.

caractère d'une **cause** dans la survenance de l'accident préjudiciable. La Cour a répondu à cette question **négativement** (113).

Nous pouvons conclure de tout ce qui précède que cet arrêt a trait au second moyen d'exonération, et que soit les faits de la cause, soit les considérants du jugement peuvent nous démontrer que la seconde preuve libératoire peut posséder un domaine **d'application** propre, ou encore qu'elle peut avoir des cas d'application **insoupçonnés**.

Nous **terminons** par ces lignes l'étude de la jurisprudence suisse relative à la deuxième possibilité d'exonération dans le cadre de l'article 333 CCS (art. 320 CCT). Nous allons **maintenant** passer à l'étude de la jurisprudence suisse concernant le second moyen libératoire dans le cadre de l'article 55 du Code des obligations.

Nous avons déjà souligné que le nombre d'arrêts ayant rapport au problème n'est pas **élevé**. Nous essayerons, quand même, de rendre compte de l'état de la jurisprudence à ce propos.

Disons d'abord que **certains** de ces arrêts intéressent la seconde preuve exonératoire, sans cependant nous conduire à **quoi que ce soit**. Car, ils ne s'occupent pas, à vrai dire, du problème. Ils sont, à plus forte raison, loin **d'approfondir** la notion de la seconde preuve exonératoire (114). Nous ne nous en occuperons pas en ce lieu.

D'autres arrêts sont **plus substantiels** (115). Toutefois, relevons immédiatement qu'ils considèrent d'une manière générale qu'il s'agit simplement de l'**absence** de la **causalité** entre le dommage d'une part et le défaut de soin d'autre part.

Nous en examinerons uniquement **quelques - uns**.

Nous en retenons d'abord deux anciennes espèces, jugées sous l'empire de l'ancien Code des obligations de 1881. Dans l'une de ces espèces, où il s'agissait d'un accident d'automobile (116), le Tribunal fédéral a estimé que la défectuosité constatée à la « machine » de l'employeur ne saurait entraîner sa responsabilité, sans qu'elle ait pu jouer un **rôle quelconque** dans la survenance de l'accident préjudiciable. Nous pouvons observer que le défaut de soin reproché au responsable

(113) Voir *ibid.*, p. ex. p. 10.

(114) Voir ATF 24 II 873; ATF 34 II 270; ATF 56 II 290; ATF 57 II 42; ATF 64 II 262; ATF 70 II 217; etc..

(115) Voir p. ex.: ATF 37 II 435; ATF 72 II 263 s; ATF 77 II 313; - BIZR 19 no 105 198; RSJ 25 26.

(116) Voir ATF 37 II 365.

doit être dans un certain **rapport** avec l'arrivée du dommage, sinon le responsable légal ne devrait pas répondre du dommage. Ce rapport se présente comme un rapport de **causalité**, même si le jugement n'exprime pas cette donnée d'une manière très claire, - au moins à notre avis.

Dans l'autre de ces espèces (117), la haute Cour nous paraît plus explicite. Elle dit en substance qu'il faudrait toujours examiner si le manque de soin relevé à la charge du responsable possède ou non un caractère **causal** pour la survenance du préjudice.

Mais, comme l'affirme le Tribunal fédéral dans l'un de ses anciens arrêts encore (118), il ne saurait pourtant être question d'exonérer le responsable, sous prétexte que le soin qu'il n'a pas déployé en fait n'eût point empêché le dommage, étant donné que l'auteur direct du dommage n'eût pas agi **en conséquence**. Ainsi un employeur ne pourrait-il avancer l'argument suivant que son employé n'aurait, en aucun cas, **sui**vi ses instructions. L'arrêt fait cette mise au point que le responsable doit être assez **ferme** pour faire respecter ses commandements. Les instructions, par exemple, qu'il donnerait à ses auxiliaires devraient être suffisamment **précises** et **énergiques**, de sorte que les personnes soumises à son autorité ne puissent les **enfreindre** facilement ou qu'elles s'y **conforment** strictement.

Nous rencontrons un arrêt (118 **bis**) du Tribunal fédéral qui semble abonder dans **notre** sens. La haute Cour y déclare solennellement que la responsabilité de l'employeur ne prend pas **déjà** fin, lorsqu'il est possible que le dommage n'en serait pas **moins** survenu lorsque les précautions négligées avaient été **prises**. Cette responsabilité ne cesserait que si **toutes** les mesures de **nature** à **prévenir** l'acte dommageable ont été **effectivement** prises (119). - Dans le **même** sens, peut-être pouvons-nous citer **d'autres** arrêts du Tribunal fédéral encore (120). Dans ces arrêts, relatifs cependant à l'article 333 CCS (art. 320 CCT), la Cour suprême a jugé que le soin dont il est question à cette disposition comprend **non seulement** la surveillance **proprement** dite, mais **également** la diligence qui consiste à prendre **toutes** les mesures de **nature** à **empêcher** le fait dommageable, et par là le dommage même.

Ainsi peut-on constater clairement à la lecture de ces jugements

(117) Voir ATF 37 II 433.

(118) Cf. ATF 31 II 120.

(118 *bis*) Voir ATF 34 II 266 ss, - rendu sous l'empire de l'ancien CO.

(119) Cf. *ibid.*, p. 270.

(120) Cf. ATF 79 II 353 et ATF 100 II 301, - rendus en application de l'article 333 CCS.

que les responsables doivent, pour s'exonérer de leur responsabilité, prouver que d'un côté, ils ont **effectivement** pris les précautions nécessaires et que d'un autre côté, ils ont pris **toutes** les précautions **propres** à prévenir le fait préjudiciable. C'est **aussi** dans cette direction qu'il faut, selon **nous**, interpréter la **seconde** preuve libératoire. Nous **reviendrons** sur ce point plus loin.

D'après **Oftinger**, dans certains des arrêts considérés ci-dessus et dans d'autres semblables (121), la deuxième preuve libératoire n'a éventuellement pu jouer un rôle **qu'en apparence** (122). En effet, suivant la conception de cet auteur, lorsque l'employé - par exemple - a agi **irréprochablement**, on peut parfaitement affirmer que **même** un employé **bien** choisi, instruit et surveillé aurait causé le **même** dommage. Mais alors, la **causalité** entre le dommage causé et le comportement de l'employé **n'existerait pas** du tout dans de pareilles hypothèses, de sorte qu'il ne conviendrait pas de rattacher la libération du responsable au fait de la conduite irréprochable de l'auxiliaire, et partant à l'application de la seconde possibilité exonératoire. Car, dans ces conditions, la **première** de ces preuves libératoires se trouverait **aussi** rapportée. Et il n'y aurait **nul besoin** de recourir encore à la seconde preuve, pour permettre au responsable l'exonération (123).

Rappelons que certains arrêts du **Reichsgericht** sont **aussi** dans le sens des arrêts de la jurisprudence suisse, - dont il est question ci-avant. Nous avons déjà relevé que, pour **von Caemmerer** ce point de vue n'est pas exact (124). Mais, ce juriste défend une conception **différente** à cet égard, et c'est pourquoi il aboutit à cette conclusion. Quoiqu'il parvienne, en fin de compte, au même résultat qu'**Oftinger** en ce qui concerne la non-application de la seconde preuve libératoire dans de tels cas, il s'en **distingue** cependant par son raisonnement, et sa motivation. A son avis, il faudrait comprendre les choses **autrement**: lorsque l'employé n'a pas agi **fautivement**, nulle disposition des §§ 831 du **BGB** - et non **seulement** celle prévoyant la deuxième preuve exonératoire - ne peut s'appliquer du tout. L'employeur ne pouvant, alors, être responsable du fait dommageable de son employé, il n'est pas question qu'il ne puisse se libérer de sa responsabilité prévue au § 831 du **BGB**. En effet, lorsque l'auxiliaire n'a pas agi fautivement, son seul comportement **illicite** ne

(121) Cf. ATF 24 II 873; ATF 34 II 270 s; ATF 37 II 434 ss; - RJB 37 109.

(122) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174.

(123) Cf. *id.*, *loc. cit.*

(124) Cf. *RGZ* 129, 55 (60); *RGZ* 135, 149 (155); *RGZ* 159, 312 (315). - Voir *von Caemmerer*, *op. cit.*, p. 538.

pourrait **suffire** que, là où l'absence de faute de l'auxiliaire laisserait cependant **ouverte** la **possibilité** d'une **faute propre** de la part de l'employeur lui-même, ou d'une faute de la part de ses **autres** auxiliaires. Tel serait le cas lorsque l'employé serait **éventuellement** sans faute, parce qu'il ne serait pas **capable** de **discernement**, ou qu'il ne serait pas **adéquat** pour le travail en cause, ou de même qu'il ne serait pas **instruit** convenablement, ou encore qu'il ne serait pas pourvu des instruments de travail **irréprochables** (125).. En revanche, là où il s'agit d'un comportement de l'employé qui **ne** rendrait **pas** responsable **l'employeur lui-même**, la norme du § 831 **BGB** ne saurait trouver **aucune** application, ni sur le plan du principe de la responsabilité, ni sur celui de l'exonération (126) - Dans le système des Droits turc et suisse, **Sungurbey** (127) pense qu'il serait plus exact de trancher le problème comme suit. En Droit **allemand**, écrit-il, qui se trouve attaché au principe de la faute même dans la responsabilité de l'employeur, il ne serait point contraire à ce principe de tenir l'employeur pour responsable des dommages causés par l'employé **non** fautif. Car, continue-t-il, c'est du **manque de diligence fautif** (128) de l'employeur que résulte le dommage causé par l'employé. En revanche, dit-il, en Droits suisse et turc, où le principe de la faute se trouve abandonné dans la responsabilité de l'employeur, il ne serait pas contraire du tout au principe de base de tenir l'employeur pour responsable des dommages causés par son employé, et résultant de son manquement **objectif** à son devoir de diligence..

Pour en revenir aux propres propos d'**Oftinger**, il y aurait, à vrai dire, simple **absence** de **causalité** dans **certains** cas où quelques arrêts préconisent l'application de la seconde preuve libératoire. Il en serait ainsi dans l'espèce suivante. Dans cette espèce, du reste fort intéressante (129), le lésé a prétendu que l'employeur avait embauché un employé «trop» jeune pour le travail en question. D'après le jugement, **même si** l'employeur avait engagé un employé **plus âgé** et **plus mûr**, le dommage serait **de toute manière** arrivé. Car, l'employé s'était comporté **irréprochablement**. Dès lors, le reproche relevé à la charge de l'employeur était, selon un **certain** point de vue, sans **pertinence**. Du moment que cette circonstance ne présentait pas un caractère **causal** pour la survenance du préjudice, l'employeur ne saurait en répondre. Par là même, on ne pourrait, non plus, considérer le défaut de soin de la part

(125) Cf. *von Caemmerer*, pp. 538 et 539.

(126) Cf. *id.*, p. 539.

(127) Cf. *Sungurbey*, p. 143.

(128) Souligné par l'auteur lui-même.

(129) Voir ATF 37 II 434 ss, - déjà cité et examiné.

de l'employeur comme **causal** pour la production du dommage. **Oftinger** fait remarquer que s'il en est ainsi, il s'agit, **en fait**, de la **première** preuve libératoire, apparue seulement sous une forme quelque peu **différente** (130).. Disons encore une fois que nous ne sommes pas **tout à fait** d'accord avec cette interprétation. Avant tout, il est question des notions **bien différentes**, qu'il convient soigneusement de **distinguer**. Le manque de soin (illicéité), la causalité et la seconde preuve libératoire (causalité et illicéité **hypothétiques** d'une part, et une sorte d'inévitabilité fondée sur des données **réelles et hypothétiques** à la fois d'autre part..) sont des notions, nettement **distinctes**. Même si elles tiennent des relations très étroites entre elles, elles ne peuvent **jamais** signifier la même chose. Tout comme on ne saurait confondre - en tant que concepts - la causalité, l'illicéité et la faute dans le domaine de la responsabilité civile **ordinaire**, ainsi, on ne pourrait confondre les concepts constituant les piliers des responsabilités causales dites **simples**..

Lorsque l'employé a agi de manière irréprochable par exemple, il est **possible** que la cause **réelle** du dommage réside **ailleurs** que dans le comportement de la personne dont le responsable légal répond, ou le comportement à lui-même. Il arriverait, non rarement, que le préjudice soit, en fait, dû à la conduite **objectivement** fautive du lésé, qui ne peut pourtant lui être imputée, vu son manque de **discernement**. Il arrive aussi que le dommage provienne, en réalité, du comportement en soi fautif, mais non imputable, d'une tierce personne du fait de son absence de discernement également.. Dans de telles hypothèses, il pourrait pareillement être question des cas **fortuits** qui ne peuvent cependant atteindre le degré nécessaire pour constituer des cas de **force majeure**, - cause libératoire de portée générale dans la responsabilité **sans** faute, même **aggravée**. Ce sera le cas, par exemple, lorsque l'employé cause un dommage durant son **évanouissement soudain**.. Il est notoire que si le cas fortuit n'a pas pour effet d'exonérer le responsable en responsabilité sans faute, la force majeure, en revanche, peut l'exonérer à coup sûr. Quant aux circonstances comme celle décrite ci-avant (évanouissement soudain), elles ne peuvent entrer en ligne de compte ni pour reconnaître la responsabilité, ni pour la repousser. Car, elles ne seraient, à proprement parler, **ni** des cas fortuits **ni** des cas de force majeure. Alors, devrait-on considérer que les responsables légaux en répondent **aussi**? La solution nous semble résider dans la **nature** de ces responsabilités hors cas: elles ne s'arrêtent pas aux frontières du cas fortuit - la

(130) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174.

solution contraire étant propre à la responsabilité subjective pour **faute** -, mais elles doivent prendre fin aux frontières de la force majeure. Les cas de responsabilité sans faute de caractère **ordinaire** peuvent aller au - delà de la **faute**, mais non pas aussi au - delà du **cas fortuit**. Donc, vu la construction de ces responsabilités sur le plan du Droit positif, tant suisse que turc, les événements constituant des cas **limite** devraient avoir pour effet de libérer les responsables légaux. Nous sommes, ainsi, en droit de conclure qu'il s'agit là bel et bien d'un **autre** domaine d'application **propre** à la seconde preuve exonératoire..

Toutes les hypothèses considérées et **examinées** jusqu'à présent par nous seraient **aptés** à donner lieu à une certaine application de la deuxième preuve de libération.

Nous en sommes encore témoin dans un arrêt **cantonal** (131). In **casu**, il était question d'un employé qui avait causé le dommage par un comportement **conforme** au Droit. Il avait, pourtant, été **mal** choisi par son employeur; du moins le choix de la part de l'employeur avait-il été **éventuellement** défectueux, puisque la preuve concernant le choix soigneux n'a pas été rapportée dans l'espèce. L'employeur a allégué que **même si** son employé avait été **bien** choisi, le dommage serait **quand même arrivé**.. Pour **Oftinger** (132), il serait question, en réalité, de la **première** preuve libératoire dans ce cas aussi. Car, même si l'on admet que l'employé est mal choisi, ce défaut de soin ne se trouverait pas dans un rapport de **cause à effet** avec la production du dommage.. De nouveau, **remarquons** que les notions dont il s'agit **diffèrent**.. On ne pourrait considérer que la causalité, l'illicéité et l'inévitabilité expriment une **même** réalité. **En outre**, la seconde preuve libératoire ne peut être simplement la première preuve libératoire même.. Déjà la **formulation** de ces deux possibilités exonératoires nous paraît propre à le démontrer à l'évidence. **Par ailleurs**, quoi qu'il en soit, la seconde preuve exonératoire peut, avant tout, servir à **faciliter** aux responsables l'administration de la première. Et, à **notre** entendement, c'est un service qu'on ne pourrait **sous - estimer**.. **De plus**, la seconde preuve d'exonération peut encore être utilisée à une **autre** fin. Elle peut rendre plus **praticable** l'application de la notion de la **causalité adéquate** (133).. En fin de compte, cette autre preuve d'exonération ne **nous** paraît pas dénuée d'**utilité** (134). Nous reviendrons sur cette question de savoir si cette preuve présente

(131) Voir RSJ 25 26 = RJB 64 87.

(132) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 175 - 176.

(133) Comp. *Metzger*, p. 117.

(134) Dans le *même* sens, comp.: *Metzger*, pp. 117 - 118.

ou non une certaine **utilité**, ainsi que celle de savoir si l'on peut ou non lui assigner un domaine **d'application** propre. Disons déjà - comme jusqu'à présent, du reste - que **nous** sommes partisan des réponses **affirmatives** (135)..

Dans le cadre de l'étude de la jurisprudence suisse relative à la deuxième possibilité d'exonération, citons **encore** un autre arrêt cantonal (136). Dans le cas jugé, l'employeur n'avait pas examiné si l'employé était ou non **convenable** pour exécuter le travail dont il s'agissait. Mais, **même** s'il avait été **soigneux** à ce sujet, il aurait **pu** admettre qu'il pourrait se servir de la personne en question à cet effet.. Dans l'hypothèse en cause, il importerait de déterminer si l'employeur a ou non agi, **en fait**, d'une façon **objectivement conforme** aux règles du Droit. Le fait que l'employeur a pu **subjectivement** et **personnellement** mal agir, serait **sans** importance en regard de l'existence **objective** du soin dans le choix, l'instruction et la surveillance (137). C'est pourquoi, l'absence de soin personnelle de la part du responsable dans le choix de son employé ne devrait pas être considérée comme **causale** pour la production du préjudice..

Cet arrêt nous semble **intéressant**.. Car, il met l'accent sur l'inefficacité d'un point de vue entièrement **subjectif**. Concernant la nature même de ces responsabilités s'écartant du Droit commun, nous savons que la conception objective ne s'occupe pas du tout de savoir si les responsables légaux ont commis ou non une **faute** personnelle qui peut leur être imputée. Elle ne s'occupe pas, non plus, de rechercher s'il y a ou non un défaut de soin **personnel** de leur part. Tout ce qui compte sous l'angle de la conception objective, c'est l'existence ou l'inexistence **effective** des mesures de soin requises en l'espèce. Ainsi, lorsque les mesures de soin exigées ont été **prises** on qu'elles **existent objectivement**, peu importe que le responsable soit **personnellement** sujet à reproche, - ce qui est, peut-être, le cas dans l'arrêt examiné.

(135) Voir toutes nos considérations *infra et supra*. Dans toutes les parties de notre étude se trouvent nos réflexions *éparses*. Pour avoir une vue *d'ensemble* de nos idées, il faut les envisager *toutes*. Voir, en particulier, nos conclusions finales..

(136) Voir *BIZR* 19 no 105 198.

(137) Cf. dans ce sens, p. ex. *Oftinger*, II/1, pp. 175 - 176. - Il s'agit, ici, de la *cura in eligendo*, de la *cura in instruendo* et de la *cura in custodiendo* *objectivement* appréciées, sans tenir compte, donc, des circonstances *personnelles* propres à la personne du responsable.. Autrement dit, il est question d'une détermination *in abstracto*. Ce qui a de l'importance non seulement pour décider de la première des preuves libératoires, mais aussi de la *seconde*..

Remarquons que cette conclusion est tout à fait parallèle à celle admise dans l'hypothèse d'inexistence **objective** des mesures de soin: même si le responsable n'est pas **personnellement** sujet à reproche, il ne peut se libérer de sa responsabilité. Ainsi, ce qui est **déterminant** au point de vue de la conception objectiviste, c'est **toujours** la présence ou l'absence **objective** des mesures de soin nécessaires, et nullement la **conduite personnelle** du responsable légal..

En terminant l'étude de la jurisprudence suisse relative à la question, nous voudrions **conclure** d'une part que la seconde preuve libératoire ne devrait viser, en réalité, que la démonstration du défaut de toute **relation** entre le préjudice et la **sphère** de domination des responsables - **légaux**, selon nous-même -, et d'autre part que cette preuve présenterait, le cas échéant du moins, une **certaine utilité** (138)..

3.2. La question en doctrine

La doctrine suisse n'est pas, non plus, **abondante** sur le sujet.. Quand même, elle ne manque pas de l'examiner (139).

3.2.1. Frey

Etudiant la question sous l'angle de la responsabilité du chef de famille, l'auteur opine que la seconde preuve libératoire devrait être **admise**. Cependant, elle le devrait sous la forme suivante. Le responsable peut ne pas avoir exercé la surveillance voulue; mais, il se peut que **même** s'il l'avait exercée, il n'eût pas empêché le fait dommageable (140).

Cette **formule** correspond, selon l'auteur, à la **volonté présumée** du législateur suisse. A ce propos, **Frey** critique la formule du § 832 BGB, qui se trouve rédigée en termes suivants: «l'obligation de réparer n'intervient pas lorsqu'il (le responsable s'entend) a satisfait à son obligation de surveillance ou lorsque le dommage serait arrivé même si la surveillance avait été exercée comme elle devait l'être.»

Par ailleurs, une disposition de ce genre est, pour lui, **superflue**.. Et il lui paraît **regrettable** que le Projet révisé II ait **adopté**, dans son article 1068, cette règle du BGB (141). L'article en question **formulait** la deuxième

(138) Voir et comp. *surtout* les passages sous la rubrique «notre opinion» ainsi que ceux où nous exposons nos «conclusions.»

(139) Ce, *contrairement* à la jurisprudence suisse, - d'une manière toute générale du moins..

(140) Cf. *Frey*, pp. 90 ss.

(141) Relevons que l'article 1068 du *Projet II* n'a, par la suite, pas été consacré dans le code. Cette disposition ne figure ni dans le CC actuel, ni le CO

preuve libératoire de la manière suivante: « (...) ou que le dommage serait survenu même en cas d'exercice de cette surveillance.» Cette dernière formule paraît à l'auteur **aussi peu heureuse**, outre que **trompeuse**.

Nous, personnellement, n'avons pas grand'chose à dire sur ce que **Frey** écrit. Remarquons seulement que selon nous également, on pourrait aisément discuter du bien-fondé des **formules** libératoires. Pour trouver une formule tout à fait heureuse, il faudrait, d'abord, déterminer le **sens** et la **portée** d'une telle disposition. Quant à la, réponse de cette question, elle dépend largement de la **conception** qu'on se fait de ce genre de responsabilité, son **fondement** et sa **construction**, - au point de vue de la **technique** juridique..

3.2.2. Labhart

Cet auteur, qui a examiné le problème juste après la promulgation du Code civil - tout comme l'auteur précédent qu'est **Frey** - (142), considère que la preuve libératoire admise expressément par le § 832 du **BGB** dans le cadre de la responsabilité des surveillants légaux et contractuels est **superflue** (143) et qu'elle est par-dessus le marché des plus **équivoques**. Il en va de même de la **formule** de cette possibilité d'exonération.

Quoi qu'il en soit, la seconde preuve libératoire elle - même doit être reconnue au responsable. Car, elle constitue, pour l'auteur, un moyen salutaire afin **d'alléger** cette responsabilité, **aggravée** volontairement par le législateur. Et, dans le but d'illustrer la justesse de son opinion, il donne l'exemple suivant. Dans le cas où l'auteur direct du préjudice a causé le dommage par cas **fortuit**, le responsable légal devrait en répondre s'il échoue dans l'administration de la **première** preuve libératoire. Pourtant, il ne serait point responsable du même dommage s'il l'avait causé **lui-même**. Cette conséquence ne serait pas admissible, vu qu'une personne ne serait pas responsable du fait d'**autrui plus** que de son **propre** fait. Or, lorsqu'on consacre la deuxième possibilité d'exonération, une pareille conséquence peut être aisément **évitée**.

révisé. L'article en question a été *supprimé*, alors que l'article y correspondant dans le Projet de Code civil a été *gardé*. Fait à remarquer: le Projet de CC et le Projet de CO révisé prévoyaient, au début, *chacun*, une disposition à *part*, consacrant la responsabilité du chef de la communauté domestique d'une part et celle du *surveillant* d'autre part.. Voir respectivement les deux Projets.

(142) Cf. *Labhart*, p. 57 ss.

(143) Voir *id.*, *loc. cit.*

Ainsi cette autre preuve de libération pourrait-elle écarter les **duretés** de la réglementation légale. Cette solution serait aussi de nature à satisfaire les partisans de la théorie **subjective**, - qui considèrent que la nature de la responsabilité du chef de famille est subjective et qu'elle est fondée sur la **faute** propre du responsable indirect..

L'auteur continue: la circonstance exonératoire, de quel caractère qu'elle soit, doit être en **rapport** avec le préjudice. Car, ce serait seulement dans ce cas que la possibilité d'exonération aurait un **sens**. Ainsi, on peut admettre l'exonération, lorsque le préjudice n'eût pas été produit si la surveillance exigée avait été exercée. Selon l'auteur, l'idée que le défaut de surveillance apparaît **régulièrement** la cause **la plus vraisemblable** du dommage a conduit le législateur à statuer une responsabilité allant **au - delà** de la responsabilité pour **faute**. La **même** idée devrait nécessairement nous conduire à **nier** la responsabilité, lorsque le responsable établit que le préjudice serait produit **en dépit** de la surveillance requise. - **Tous** les articles du **BGB** relatifs à ces espèces de responsabilité à caractère **particulier** prévoient **expressément** cette possibilité (§§ 831, 832 et 833).

Cette autre preuve de libération ne se trouve pas prévue expressément par l'article 333 du CCS (art. 320 CCT). Mais, remarque **Labhart**, si l'on **exclut** cette preuve, la **première** preuve libératoire **prévue** par le code serait **aussi problématique**. En pareil cas, on ne pourrait plus la **comprendre**. A son avis, il conviendrait **d'admettre** le deuxième moyen exonératoire, puisqu'il aurait pour effet **d'alléger** cette responsabilité, qui lui paraît **renforcée**. En effet, dans le cas normal, on n'est responsable que de **son fait personnel** et **fautif**. Or, la responsabilité du chef de famille constituée, à un double point de vue, une **exception** à cette règle: le chef de famille répond d'abord du fait d'autrui et il répond en outre sans faute de sa part.. Il en va de même de la responsabilité de l'employeur, et, si l'on laisse de côté les caractéristiques du «fait» de l'animal - caractéristiques **différentes** de celles du fait de l'individu -, celle du détenteur d'animal. **Labhart** opine que la seconde possibilité d'exonération pourrait **utilement** intervenir dans certaines hypothèses où la norme de responsabilité en question présenterait, selon lui, des **duretés** inadmissibles.. Et l'admission de cette preuve n'aurait nul **inconvenient**..

On voit que cet auteur est ouvertement partisan de la consécration de la seconde preuve libératoire. Et il avance à ce propos des arguments, qui ne nous paraissent pas dénués d'intérêt. - Relevons, quant à **nous - même**, que d'ailleurs, cette autre possibilité d'exonération n'est, **en fait**,

que le **contraire** de la première preuve exonératoire. Celle-ci signifie aussi que **si le responsable avait exercé le soin désirable, le préjudice ne serait pas survenu** ou que **le préjudice est arrivé quoiqu'il ait exercé le soin désirable**. Dans le premier cas, on retient sa responsabilité et dans le second on l'exonère. Alors, **pourquoi** ne pas lui permettre l'exonération s'il démontre, cette fois, que **même s'il avait exercé le soin voulu, le dommage se fût aussi produit**? Comme on peut le constater, la **logique** en question est la **même** dans toutes ces éventualités.

3.2.3. von Wattenwyl

Ce juriste admet aussi la possibilité, pour le chef de famille (144), de s'exonérer par cette autre preuve (145). Remarquons que cette preuve ne se trouve pas expressément **consacrée** par le code, à son article 333 (art. 320 CCT). Il est donc **d'autant plus intéressant** que certains auteurs puissent l'admettre, et l'admettre même **sans hésitation** comme **von Wattenwyl** (146). En effet, cela nous paraît comme une indication de ce que cette deuxième possibilité exonératoire a un **sens**, à tel point qu'elle est même **nécessaire**. D'après l'auteur, la **nature** de la responsabilité ne devrait jouer **nul** rôle dans la discussion du problème de savoir s'il faut ou non admettre ce second moyen de libération également dans le cadre de la responsabilité édictée à l'article 333 du CCS. Effectivement, la responsabilité dite **causale (objective, sans faute, pour le résultat, légale, pour la seule causalité, etc)** exige pareillement **causalité**. Il en ressort, **indirectement** du moins, que l'auteur considère la seconde preuve libératoire sous l'angle de la notion de **causalité**.

von Wattenwyl, qui a étudié la responsabilité des «obligés de surveillance» (147) en Droit suisse, examine tous ces cas de responsabilité prévus respectivement aux articles 55, 56 COS (art. 55 et 56 COT) et 333 CCS (art. 320 CCT). Il estime que la formule de la seconde preuve libératoire consacrée par les articles 55 et 56 du COS (art. 55 et 56 COT)

(144) Remarquons, en passant, que le terme de chef de *famille* ne nous paraît pas *juste*. Il est *équivoque* et il ne reflète pas le véritable état de choses dont il est question aux articles 331 ss CCS (art. 318 ss CCT). Il s'agit, en fait, du chef de la *communauté domestique*, et non du chef de la famille. Les deux notions ne se recouvrent pas. De toute façon, la responsabilité prévue à l'article 333 CCS (art. 320 CCT) figure parmi les dispositions relatives à la *communauté domestique*, - et non la communauté familiale.

(145) Cf. *von Wattenwyl*, p. 41 et pp. 44 ss.

(146) Voir, p. ex.: *Labhart* (déjà cité auparavant), pp. 57 ss; *von Tuhr/Peter*, p. 450 n. 30.

(147) Voir le titre même de son ouvrage.

est **critiquable**. L'interprétation **textuelle** de cette formule devrait nous conduire à libérer le responsable, **toutes** les fois que le dommage se fût aussi produit **même si** le responsable avait assuré le soin voulu.. Or, suivant l'auteur, tel ne peut être le **sens** de cette preuve libératoire. Nous savons qu'une pareille possibilité d'exonération n'est pas reconnue au responsable en vertu de l'article 41 du COS (art. 41 COT). Pourquoi en serait-il **différemment** de ces autres articles, qui édictent respectivement la responsabilité de l'employeur et celle du détenteur d'animal? Il faudrait, donc, interpréter la formule de la deuxième preuve exonératoire en ce **sens** qu'elle consacre, en réalité, **l'absence** de la **causalité** entre le préjudice et le défaut de soin de la part des responsables légaux.. Du moins, c'est ce que nous comprenons à la lecture des considérations de l'auteur. Les responsables légaux ne devraient, ainsi, pas pouvoir s'exonérer, en établissant une certaine causalité diye **hypothétique** du fait d'une **autre** cause présentant le caractère d'une cause **hypothétique** ou d'une cause **de réserve** (148)..

3.2.4. Egger

Quoique la loi ne mentionne pas cette autre preuve de libération à son article 333 (art. 320 CCT), **Egger** admet également que le responsable peut **l'invoquer**. Seulement, selon lui, le code a eu **raison de ne pas mentionner** cette preuve, du moment qu'elle est **superflue**. Car, la loi **présupposerait** et même **présumerait** que le manque de soin se trouve en rapport **causal** avec la production du dommage. Alors, il est naturel que le responsable puisse se libérer de sa responsabilité s'il peut prouver que **tel** n'est pas le cas. En effet, dans ces conditions, sa responsabilité perdrait toute raison **justificative** (149). Pour cet auteur **aussi**, la deuxième preuve exonératoire signifierait purement et simplement le **défaut** de **causalité**, - opinion qu'on rencontre **régulièrement** chez les auteurs qui étudient le problème. Comme déjà dit, **nous** n'admettons pas que la formulation expresse de cette preuve soit dénuée de **toute utilité** (150).

3.2.5. Silbernagel

Silbernagel se contente de proposer l'admission de cette autre

(148) Pour ces notions, voir, p. ex.: *Esser*, § 62, 3 et 4; *Eren* (I), pp. 164 ss; *id.* (II), pp. 207 ss.

(149) Cf. *Egger*, rem. 22 à l'art. 333 CCS.

(150) Voir nos divers passages. - *Comp. Labhart*, pp. 57 ss; *von Wattenwyl*, pp. 41 et 44 ss; *von Tuhr/Peter*, p. 450 n. 30, - de manière implicite du moins..

preuve libératoire, qu'il compare, par ailleurs, avec celle consacrée par le § 832 du **BGB** (151).

3.2.6. **Papa**

Ce juriste n'examine la question que de façon **incidente** (152). La seconde possibilité d'exonération équivaldrait, d'après lui, à la preuve de l'**inexistence** du lien **causal** entre le dommage et le comportement du responsable.

3.2.7. **Divers auteurs**

Divers autres auteurs participent également ce point de vue relaté (153).. Nous ne les examinerons pas ici séparément.

3.2.8. **Brehm**

Pour cet auteur également, même si la seconde preuve libératoire ne soit pas du tout **mentionnée** à l'article 333 CCS (art. 320 CCT), le responsable légal aurait toujours à sa disposition ce moyen d'exonération, fondé sur l'**absence** de la **causalité** entre le dommage et le manque de surveillance (154).. Par exemple, suivant les circonstances, des **recommandations** seraient **parfois inutiles** (155). En cas pareil, si le responsable parvient à prouver que le préjudice se fût en **tout état de cause** produit, le défaut de recommandations serait sans importance pour la solution du problème de la responsabilité. En effet, le rapport causal entre l'omission des recommandations et le dommage manquerait alors, et on ne pourrait plus **en tenir rigueur** au responsable. Ce qui aurait pour conséquence sa libération.

Comme on peut le constater, la deuxième possibilité d'exonération n'est pas dépourvue de toute **utilité**. Même par voie **indirecte**, elle peut **aussi** permettre de **déterminer** la première preuve libératoire; et ce, le cas échéant, d'une manière **plus sûre** que selon la seule formule concernant la première de ces preuves libératoires. Quand on pense que combien il est **difficile**, des fois, de trouver une **ligne de conduite** afin de **préciser** les précautions de soin nécessaires, on comprendrait aisément la valeur de la seconde preuve libératoire, - qui peut, entre autres,

(151) Cf. *Silbernagel*, rem. 19 à l'article 333 CCS.

(152) Cf. *Papa*, no 25, p. 90 et n. 11.

(153) Voir, entre autres auteurs: *Bieder*, p. 346; *Maag*, p. 81; *Gayler*, p. 110.

(154) Cf. *Brehm*, pp. 7 s.

(155) Voir, p. ex., les arrêts cités par l'auteur lui-même: ATF 62 II 75 s; ATF 70 II 138; ATF 79 II 263 s.

rendre **aussi** ce service.. Cette preuve, ainsi comprise, pourrait aider à **écarter** les reproches **non** fondés que le responsable légal encourrait. Grâce à cette preuve, le responsable aurait le moyen de démontrer, à la rigueur, qu'il s'agit, en fait, des mesures de soin **en l'air** ou **vagues**, - sans aucune relation avec la production du dommage. Et, il serait, alors, à même d'en argumenter qu'il ne devrait pas répondre de l'absence de telles mesures.

3.2.9. Oser et Schöenberger

Dans leur commentaire, ces auteurs estiment qu'il s'agit de la preuve du défaut de la **causalité** entre le préjudice et le manque de soin de l'employeur (156). Ce serait le cas, par exemple, lorsque le dommage proviendrait, en fait, de la force majeure ou qu'il aurait sa source dans un comportement **si rusé** de l'employé que toute mesure serait **inefficace** à l'effet de l'en empêcher..

Nous aurons quelque mot à dire en ce qui concerne la conduite «rusée» de l'employé. Il faut remarquer que **tout le monde** n'est pas d'accord à ce sujet (157). Certains auteurs permettent à l'employeur de s'exonérer lorsque l'employé aurait causé le préjudice par un acte intentionnel, alors que d'autres ne lui reconnaissent pas cette possibilité. Pour **notre** part, nous ne verrions aucun **inconvenient** à ce que le responsable puisse aussi s'en prévaloir, afin d'écarter sa responsabilité.. Car, l'admission d'une telle preuve, ne ferait que renforcer cette idée que la responsabilité de l'employeur se trouve fondée - tout comme les autres cas de responsabilité semblables, à savoir ceux prévus aux articles 56 COS (art. 56 COT) et 333 CCS (art. 320 CCT) -, **entre autres**, sur le défaut des mesures de soin, et non, à proprement parler, sur le fait **d'autrui**. Du moins est-ce la conception de la doctrine **dominante** en Droits suisse et turc (158).. Quant au Droit allemand, il considère que toutes ces responsabilités, dont il s'agit ici, sont basées sur la violation **fautive** de leur devoir de soin par les responsables légaux (159)...

(156) Cf. *Oser/Schöenberger*, rem. 30 à l'art. 55 COS.

(157) Voir, p. ex., d'une part: *Oser/Schöenberger, loc. cit.*; *Saymen*, pp. 90 - 91; *Feyzioğlu*, p. 626; Cour de cassation turque, 15 *HD* (15^e Chambre civile), *E* 2437, *K* 1405, *T* 13.3.1975 (cité chez *Karahasan*, p. 597); - et d'autre part: *Tandoğan* (II), p. 70 n. 87; *Akman* dans *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altötop*, p. 688..

(158) Voir, à la place de plusieurs auteurs: *Oftinger*, I, pp. 26 ss; - en Droit turc: *Tandoğan*, p. 23 p. ex.

(159) Voir, p. ex.: *Schäfer*, rem. 5 sous § 831 *BGB*.

3.2.10. von Tuhr et Peter

Selon ces juristes (160), la responsabilité de l'employeur, par exemple, se trouve **fondée** sur le **défaut de soin**. Et, dans les hypothèses où l'application de la deuxième preuve libératoire pourrait entrer en ligne de compte, on aurait le moyen d'obtenir le **même résultat déjà** autrement, - abstraction faite de cette preuve. En effet, dans de pareils cas, le rapport de **causalité** entre le dommage et le manque de soin n'existerait pas.

Ainsi pour ces auteurs aussi, cette autre preuve d'exonération signifierait simplement absence de causalité.

3.2.11. von Büren

Critiquant la conception **dominante** en Droit suisse, cet auteur relève que la non-exigence d'une **faute** de l'employé se trouve déjà en **contradiction** avec la formulation de la seconde preuve exonératoire (161). Dans le cas où le préjudice ne serait pas dû à une **faute** de l'employé, l'employeur pourrait, suivant l'auteur, **toujours** s'exonérer.. Il le pourrait, du moment que même si la **première** de ces preuves libératoires ne lui réussissait pas, il aurait **toujours** la possibilité de se libérer en vertu de la **seconde**. En effet, il serait clair que même le **plus** grand soin devrait être considéré comme **impuissant** à prévenir le dommage, du fait que l'employé serait **irréprochable**.. L'auteur en juge aussi qu'une **faute** de l'employé est **nécessaire** pour engager la responsabilité de l'employeur. Cette conclusion ressortirait également de la **réglementation** de la preuve libératoire (162).

Ainsi, selon l'auteur, la seconde preuve libératoire elle-même et la non-exigence d'une **faute** de l'employé pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'employeur ne pourraient se soutenir en **même** temps (163). Et l'existence de la deuxième possibilité de libération

(160) Cf. *von Tuhr/Peter*, p. 449.

(161) Pour le point de vue de la doctrine dominante en Droit suisse: voir, p. ex. *Oftinger*, II/1, pp. 147 et 149.

(162) Cf. *von Büren*, p. 254.

(163) Voir et comp. en Droit *allemand*: *von Caemmerer*, pp. 538 ss. Cet auteur soutient *d'une part* que la responsabilité de l'employeur - plus généralement toutes les responsabilités dites aussi du fait d'autrui - *nécessite* une *faute* de l'employé, et *d'autre part* que la seconde preuve libératoire n'est pas *applicable* lorsque l'employé, par exemple, *n'a pas* commis de *faute* ou qu'il a agi *irréprochablement*.. - Contre l'exigence d'une *faute* pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur en Droit *suisse* et en Droit *turc*, voir, p. ex.: *Oftinger*, II/1, p. 147 et p. 149; - *Sungurbey*,

montrerait, en réalité, la nécessité d'exiger une faute de la part de l'employé, - personne dont l'employeur répond. C'est là, peut-être, tout le problème de la **construction** de ce genre de responsabilité où l'obligé de réparation est tenu **pour** ou **du** ou encore **par** le fait **d'autrui** (164).. Ce qui nous intéresse ici spécialement, c'est la conception qu'on peut se faire de la seconde preuve exonératoire. L'auteur examiné affirme que le responsable peut s'exonérer de sa responsabilité, lorsque l'auteur direct du préjudice a agi de manière **irréprochable**. Et, cette exonération aurait lieu en vertu de la deuxième possibilité de libération. On peut en déduire que, tant qu'une **faute** de l'employé **ne sera pas** requise pour la responsabilité de l'employeur, le deuxième moyen d'exonération aura aussi cette hypothèse comme domaine **d'application**..

3.2.12. Engel

A l'instar de bien **d'autres** auteurs, **Engel** croit aussi que si la seconde preuve libératoire réussit à l'employeur, cela signifie que le lien de **causalité** entre le préjudice et la «négligence» (165) de l'employeur **n'existe pas** (166).

Il n'y a là rien de singulier qui puisse nécessiter quelque explication ou quelque commentaire. C'est pourquoi, nous ne nous occuperons pas, encoré une fois, du contenu que peut avoir la preuve dont il s'agit..

3.2.13. Keller

De même, pour **Keller**, la seconde preuve libératoire n'est, en fait, que l'absence de la **causalité** entre le dommage et la violation de son devoir de soin par le responsable légal (167).

pp. 143 - 144; *Oğuzman, op. cit.* - Pour la nécessité d'une faute de l'auteur immédiat du préjudice dans la responsabilité des parents en Droit des pays latins, concernant le Droit français: voir, p ex.: *Blanc E.*, La responsabilité des parents, Paris, 1953, entre autres endroits, pp. 32 ss, p. 34 et pp. 39 ss.

(164) Sur ce très intéressant problème dans le cadre de toutes ces responsabilités où les responsables sont des personnes *différentes* des auteurs immédiats du préjudice, voir, p. ex. *Blanc E., op. cit.*, pp. 32 ss, p. 34 et pp. 39 ss.

(165) Cf. *Engel*, p. 363.

(166) Cf. *Engel*, p. 363.

(167) Cf. *Keller*, p. 122.

3.2.14. Deschenaux et Tercier

Au point de vue de ces deux juristes (168), la disposition prévoyant la deuxième preuve exonératoire ne consacre, en fin de compte, que la **première** preuve libératoire elle-même, mais seulement sous une forme **différente**.

Cette preuve exceptionnelle a été introduite par le législateur lors de la révision du Code des obligations en 1911. Elle n'existait pas dans le Code des obligations de 1881 (169).. Selon les auteurs, le motif de cette nouveauté réside dans l'intention du législateur de «lever toute **hésitation**» concernant la construction légale de la responsabilité de l'employeur.. Mais, font-ils remarquer, la seconde preuve libératoire n'a aucune portée **distincte**; en effet, toutes les hypothèses qui ont été envisagées pour trouver un domaine d'application propre à cette preuve, seraient déjà découvertes par la **première** preuve libératoire..

Supposé que l'employeur ait **échoué** dans sa tentative d'établir la preuve contraire à la présomption de défaut de soin causal, il pourrait, d'après les auteurs, se libérer en démontrant la seconde preuve exonératoire. Il ne serait donc pas pour autant **désarmé**. Il lui resterait toujours la faculté de prouver que **même s'il** avait fait usage du soin voulu, le dommage se fût **aussi** produit. Tout comme le défaut de soin, le lien causal entre ce défaut et la production du préjudice se trouverait également **présumé** par la loi. Seulement, il s'agirait d'une présomption **juris tantum**, qui s'arrête, bien sûr, à la frontière de la preuve **contraire**, - preuve permettant au responsable de **détruire** la présomption légale.

Ainsi la preuve en question aurait-elle deux caractéristiques principales: elle ne serait pas distincte de la première preuve, et elle aurait pour effet de démontrer l'absence de la causalité entre le dommage et le manque de soin. Il ne s'agirait pas, ici, de l'**interruption** de la causalité, vu qu'une telle exonération est déjà possible en vertu des principes **généraux** de la responsabilité civile.

Pour **notre** part, disons que même si la seconde preuve libératoire **peut**, dans certains cas du moins, aboutir au **même** résultat que la première preuve libératoire, on ne pourrait quand même la considérer comme la première libératoire **elle - même**.. Le cas échéant, cette autre preuve peut bien servir à **préciser** le sens et le contenu de la première,

(168) Voir *Deschenaux/Tercier*, § 9, 4.2.

(169) En réglementant l'article 55 du COS nouveau (art. 55 du COT), le législateur a pu *s'inspirer* de la réglementation du § 831 du *BGB*. A ce sujet, voir, par exemple: *von Tuhr/Peter*, p. 449.

mais elle s'en **distingue** nettement.. Déjà sa formule pourrait le montrer. En outre, il nous semble un peu **excessif** de soutenir que le législateur lui-même ait pu recourir à une **tautologie** à titre de **nouveauté** dans le nouveau Code des obligations.. Rien ne le permettrait de dire avec certitude, - estimons - nous. Le **BGB** contiendrait, lui aussi, de telles tautologies à ses articles 831, 832 et 833..., - et à **trois reprises!** Il se peut que le législateur ait agi ainsi pour **consolider** son point de vue à propos de la construction de toutes ces responsabilités. Mais, il n'en resterait pas moins que la **formule** de la deuxième possibilité d'exonération **diffère** sensiblement de celle de la première. On serait à même d'affirmer que si un tel **changement** a pu avoir lieu dans le nouveau code, c'est parce que le législateur a estimé qu'il serait **mieux** ainsi. Sinon, pourrait-on raisonner, il eût laissé les dispositions en question (art. 62 et 65 CO ancien) (art. 55 et 56 COS) **telles quelles**. Ce peut également constituer une preuve dans ce sens que, la deuxième preuve exonératoire peut posséder une valeur **indépendante** de la première preuve exonératoire (170).

Et, quant à cette **autre** idée de ces auteurs, selon laquelle la seconde preuve de libération signifierait également absence de **causalité** entre le dommage et le manque de soin de la part du responsable, remarquons qu'il existe **aussi** des juristes qui y voient l'illustration d'une causalité dite **hypothétique** (171), - différente évidemment de la négation de la causalité proprement dite.

3.2.15. Oftinger

En ce qui concerne d'abord la responsabilité du **chef de famille**, l'auteur raisonne (172) comme suit. Cette autre preuve de libération ne conduirait, à **quelques exceptions près**, qu'aux **principes** qui dominent le Droit de la responsabilité dite civile (173).. Et, les **exceptions** ne devraient pas être interprétées **extensivement**. Elles ne devraient pas, non plus, s'appliquer **par analogie**.. Il faudrait en conclure que ce motif d'exonération spécial ne pourrait trouver application dans le cadre de l'article 333 du CCS (art. 320 CCT).. A ce sujet, l'argument que le **parallélisme** de construction entre l'article 55 et 56 COS (art. 55 et 56 COT) d'une part et l'article 333 CCS (art. 320 CCT) d'autre part pourrait

(170) Comp.: *Labhart*, pp. 57 ss; *Metzger*, pp. 117 s; *Schmid E. W.*, Haftung für Tierschaden, Bern/Zürich, 1917, p. 175.

(171) Voir, p. ex. *Esser*, § 62, 4 c; - comp. *Bydlinski*, p. 74; *Eren* (I), pp. 169 s; *id.* (II), p. 211.

(172) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 265 s.

(173) Cf. *id.*, II/1, pp. 176 s.

justifier la solution **contraire**, ne saurait être **pertinent**. Il est vrai que si l'on admet la solution en sens inverse, l'**harmonie** entre ces trois normes se trouverait établie. Mais, en revanche, cette règle exceptionnelle qu'est la deuxième preuve libératoire, en soi **superflue** (174), trouverait un champ d'application **élargi** (175), - ce qui devrait être **décisif**. Du reste, **sans** recourir à cette seconde preuve libératoire, on peut dire qu'un éventuel défaut de soin de la part du responsable n'a pas d'effet s'il n'est pas **causal** pour l'arrivée du dommage. Et cela pourrait déjà suffire à résoudre les problèmes relevant de la seconde preuve exonératoire. Ce même **principe** serait valable aussi bien à propos des articles 55 et 56 du COS (art. 55 et 56 du COT) que l'article 333 du CCS (art. 320 du CCT)..

En ce qui concerne la responsabilité de l'**employeur**, l'auteur considère que la deuxième possibilité de libération se trouve **exclusivement** en rapport avec la question de **causalité** (176). Ce motif d'exonération **diffère** de celui en vertu de l'**interruption** de la causalité, due à un cas de force majeure, la faute du lésé ou celle d'un tiers. Dans la dernière hypothèse, il s'agit de l'interruption de la causalité entre le dommage et le comportement de l'**employé**. Dans la première hypothèse, il est seulement question de l'absence de la causalité entre le dommage et la violation de son devoir de soin - préétabli - par l'**employeur**.

L'auteur veut, ici aussi, souligner ce qui suit. Selon le point de vue de la loi, l'employeur doit répondre du dommage causé par son employé pour avoir **violé** son devoir de soin. Et, il ne doit en répondre que dans cette éventualité. Cependant, l'inobservation de son devoir de soin par l'employeur ne constitue pas une des conditions **positives** - à prouver par le lésé - de sa responsabilité. Elle en est une condition **négative**: c'est lui qui doit établir qu'il n'a pas violé son devoir légal de soin. Mais, le manque de cette preuve n'aura pas de conséquence, s'il est constaté que le dommage se serait **de toute manière** produit.. En effet, le manque de la preuve en question et par conséquent la violation du devoir de soin par l'employeur apparaîtront alors comme sans **objet**.. Pour **Oftinger**, le fait que la loi mentionne la seconde preuve libératoire **attesterait**, du reste, la **justesse** de la conception défendue par lui au sujet de la responsabilité de l'employeur: cette responsabilité se trouve

(174) Cf. *id.*, II/1, pp. 176 s.

(175) *von Tuhr* et *Peter* proposent, en revanche, l'admission de la seconde preuve libératoire dans le cadre de la responsabilité du chef de famille. Voir, p. 450, II n. 30 chez les auteurs.

(176) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 151.

basée sur la **violation** d'un devoir de **soin** (177). L'existence de la deuxième possibilité de libération le prouverait même d'une manière très éloquente: autrement, cette possibilité serait dénuée de tout **sens**. - Par ailleurs, la deuxième preuve exonératoire aurait le caractère d'une preuve dite **hypothétique** (178).

Dans un endroit **différent** (179), l'auteur poursuit ses explications comme suit. Le second moyen d'exonération viserait la preuve du **défaut** de **causalité** entre le préjudice et la violation du devoir **préétabli** de soin (180). La causalité se trouve **présumée** de par la loi. Si l'employeur n'a pu rapporter la première preuve libératoire, il peut toujours essayer de rapporter la seconde..

Cette autre preuve irait, suivant l'auteur, **au-delà** de la preuve que l'exercice du soin requis serait en réalité sans **objet**, du fait que **d'autres** circonstances se trouveraient entrer en ligne de compte. Si **nous** comprenons **bien** l'auteur, il entendrait par là l'**interruption** de la causalité.. Ainsi cette interruption ne serait-elle pas le **seul** but de cette preuve.

La portée de la seconde possibilité d'exonération n'est, d'après l'auteur, **pas très claire**. **Deux** groupes d'états de fait seraient envisageables à ce sujet.

D'abord, la **causalité** entre le préjudice et la violation de son devoir de soin par le responsable fera **défaut**, lorsqu'il y aura force majeure, faute du lésé ou faute d'un tiers. Dans un cas pareil, il va **de soi** que la causalité exigée manquerait (181).. Et la question de savoir si c'est bien

(177) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 152.

(178) Cf. chez l'auteur, II/1, p. 152. - Jusqu'ici dans notre texte principal: cf. *id.*, II/1, pp. 151 - 152.

(179) Voir *Oftinger*, II/1, pp. 172 ss.

(180) Cf. *id.*, II/1, p. 173 et la note 360; - voir aussi les auteurs et arrêts cités dans cette note..

(181) Cf. la note 362 chez l'auteur. - Nous reproduisons ci - après les *propres* citations de l'auteur qui se trouvent aussi dans cette note: Dans ce sens, nettement ATF 50 II 493 (faute du lésé); *Oser* et *Schönenberger*, rem. 30 à l'article 55 COS (art. 55 COT) (force majeure) et *Chamorel*, p. 69 (force majeure et faute propre du lésé, - du reste, non très clair) - Il serait, pour *Oftinger*, de prime abord hors question que la seconde preuve libératoire concerne également l'hypothèse suivante: apparemment, le dommage eût été produit par une *autre* cause, de nature *hypothétique*, résidant *ailleurs* que dans l'état de fait qu'il s'agit de juger, et produite *après coup*.. Ainsi, ce serait le cas dans ce vieil exemple d'école: un voyageur meurt du fait de la *maladresse* d'un cocher; mais, il mourrait de

le **sens** de cette preuve exceptionnelle paraît à l'auteur une question **inutile**, puisqu'il existerait encore **d'autres** états de fait auxquels pourrait se rapporter le second motif d'exonération (182).

Ces derniers cas ne sont pas **nombreux** suivant l'auteur. Il donne, à cet effet, un exemple tiré de la jurisprudence (183). Dans l'arrêt en cause, il a été reproché à l'employeur d'avoir eu à son service un cocher par trop **jeune**. On relève dans le jugement que l'accident serait **aussi** arrivé **même si** l'employeur s'était servi d'un cocher **plus** âgé. En effet, le jeune voiturier s'était, pendant l'accident dommageable, conduit de façon entièrement **irréprochable**. Par conséquent, le **prétendu** défaut de soin de l'employeur dans le **choix** de son employé n'aurait pas été du tout **causal** pour le préjudice, - même si l'on admettait l'existence réelle de ce défaut de soin. - A l'avis d'**Oftinger**, le lésé aurait, en vérité, fait un reproche **erroné**: ce ne serait pas une **negligentia in eligendo** ayant pour objet l'**âge** de l'employé qui serait en question dans la cause jugée. Il s'agirait, le cas échéant, de l'**adresse**, d'une certaine **habileté** de l'employé. Et, l'auteur estime que l'employeur pourrait prouver qu'il avait agi avec **soin** à ce sujet. Ainsi, aussi bien la **causalité** concernant le reproche adressé à l'endroit de l'employeur qu'un défaut de soin éventuel concernant ce même reproche n'existeraient pas. La causalité du jeune âge de l'employé manquant dans l'espèce, l'absence du soin relative à cette circonstance ne pourrait être considérée comme **causale** pour la survenance du préjudice. Mais, suivant l'auteur, il s'agirait là d'une question relevant déjà de la **première** preuve libératoire. A l'effet de démontrer l'inexistence du lien causal, on n'aurait pas besoin d'une deuxième preuve exonératoire (184).

Si, comme on peut le constater, nul défaut de soin de la part de l'employeur ne peut être retenu, il faudrait chercher la cause de l'accident préjudiciable **ailleurs**. La vraie cause de l'accident ne pourrait être découverte: elle ne ressortirait pas des données du jugement. La cause de l'accident semble résider dans le comportement même du lésé, d'un garçon de huit ans. Si cela est réellement le cas, il y aura, alors, **ou bien** faute propre de la **victime**; il pourrait, le cas échéant, y avoir faute des personnes **obligées** d'exercer une **surveillance** conforme aux circons-

toute façon, étant donné que tous les passagers du bateau qu'il prendrait se trouvent **aussi** morts, - noyés en mer. - Comp. à ce dernier sujet: *Masur*, p. 87 n. 1; *Sachs*, p. 58; *Feder*, p. 104; etc..

(182) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 173 ss.

(183) Voir ATF 37 II 434 ss. Cet arrêt se rapporte à l'art. 62 du CO ancien, où la seconde preuve libératoire n'était pas prévue.

(184) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 174, où l'auteur renvoie aussi à la page 158 chez lui.

tances sur elle. Il s'agirait, dans cette hypothèse, de l'**interruption** de la causalité entre le dommage et la conduite de l'employé. Et l'exonération du responsable aurait lieu en vertu de ce motif. Cette exonération pourrait, selon l'auteur, **aussi** intervenir même si le responsable n'a effectivement **pas exercé** le soin voulu. - Si la cause réelle du préjudice se trouve **ailleurs** que dans le comportement de l'employé, il y aura, alors, **ou bien** encore **absence** d'**imputabilité** et de **faute** du fait de l'**incapacité** de discernement du lésé provenant de son jeune âge. Il ne pourrait s'agir, dans cette hypothèse, de l'**interruption** de la causalité, et aucune exonération ne saurait avoir lieu sur le fondement de la **faute** propre de la victime. Il ne pourrait, alors, être question que de l'exonération basée sur la **seconde** preuve libératoire. En particulier, dans le cas où un défaut de soin de la part de l'employeur devrait être **effectivement** admis, il en serait ainsi. On serait ici en présence d'un **nouveau cas d'application** de ce motif de libération. Lorsque le comportement de l'endommagé ne peut constituer une **faute** du fait de son **absence** de **discernement**, il ne saurait être question de la libération du responsable fondée sur l'**interruption** de la causalité. On pourrait dire la **même** chose à propos de la **faute** du tiers, lorsque celui-ci ne peut commettre de faute à cause de son **manque** de **discernement**. Suivant l'auteur, il en va encore **de même**, lorsque la **cause** du préjudice réside dans un **cas fortuit** qui n'atteint pas l'**intensité** nécessaire pour constituer un cas de **force majeure**. - Et l'auteur remarque qu'il pourrait s'agir, théoriquement du moins, d'un pareil cas dans l'espèce examinée. On se trouverait devant une hypothèse semblable quand un cocher causerait un dommage pour avoir eu un **malaise soudain** (185)..

Oftinger écrit encore que se trouvent mentionnés par la doctrine **deux autres** cas d'application de cette preuve libératoire (186). Ces cas dont il parle seraient décrits par les auteurs **différemment**. Dans le **premier** de ces cas, quoique l'employé ait causé le dommage, il ne se serait pas pourtant conduit **contrairement** aux règles de conduite. Et la preuve de la **cura in eligendo** concernant l'employé ne serait pas **rapportée** par l'employeur. On pourrait en conclure que le dommage se fût **aussi** produit **même si** l'employé avait été choisi (187) avec **soin** (188). D'après l'auteur, il ne s'agirait, ici, en fait, que de la question de savoir si l'employeur a ou non eu recours à un auxiliaire **objectivement** convenable pour le travail en cause. Au sujet de la **cura in eligendo**,

(185) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 175 et n. 369.

(186) Cf. *id.*, *loc. cit.*, pp. 175 s.

(187) L'auteur *complète* : (...), surveillé et instruit..

(188) Voir les citations de l'auteur, II/1, p. 175 n. 372.

l'auteur relève que la conduite **irréprochable** de l'employé justifierait, selon les circonstances, cette conclusion qu'il était **adéquat** pour le travail dont il s'agit (189). Lorsque l'employé se trouve **objectivement** approprié à sa besogne, il serait, le plus souvent, permis d'admettre qu'il est adéquat pour la tâche lui confiée. Et, il n'y aurait pas là pour autant un état de fait, la solution duquel **nécessiterait** le recours à la **seconde** possibilité de libération. Dans de telles hypothèses, il s'agirait de cette question de savoir si les conditions d'application relatives à la **première** - et non la deuxième - preuve libératoire (exercice du soin requis) sont ou non réunies **objectivement**. Dans une semblable éventualité, si l'on reprochait **quand même** un défaut de soin à l'employeur, ce défaut de soin dans le **choix** de l'employé ne pourrait être **causal** pour la production du préjudice (190). Et alors, l'employeur pourrait s'exonérer; mais, il le pourrait précisément sur le fondement de la **première** preuve exonératoire.

Quant au deuxième cas d'application de la seconde preuve libératoire dont l'auteur fait mention (191) dans **ce contexte**, il aurait pour objet ce qui suit. Dans l'hypothèse relevant de ce cas d'application de la seconde preuve libératoire, l'employeur n'eût pas examiné **effectivement** si l'employé, dont il est question, était, ou non convenable pour le travail lui confié. Mais, même s'il avait réellement procédé à cet examen, il eût **pu** admettre qu'il pourrait lui confier ce travail (192). Dans ce cas, on pourrait constater - encore **plus** clairement que dans le cas précédemment exposé - que l'employeur s'est, **en fait**, servi d'un employé **objectivement** adéquat, **même** s'il s'est conduit **subjectivement** de manière **négligente** (193).. - Ce serait, par exemple, le cas dans l'espèce suivante (194). Un employeur n'avait **pas** obtenu des **renseignements** concernant son employé pendant qu'il **l'engageait**. Il ne l'avait fait que **plus tard**. L'exemple ci-après relaterait aussi cette hypothèse: un employé, **irréprochable** jusqu'alors, aurait endommagé un tiers par des **intrigues dolosives**. Et il l'aurait fait d'une façon **si raffinée** que toute

(189) L'auteur renvoie, ici, à certains passages dans son ouvrage: concernant la *cura in eligendo*, cf. II/1, p. 160 et concernant la *cura in instruendo* et la *cura in custodiendo*, cf. II/1, p. 161.

(190) L'auteur renvoie, à ce propos, au passage ci-après dans son ouvrage: cf. II/1, p. 158.

(191) Cf. *op. cit.*, p. 175, n° 3. - Dans notre étude, voir le texte juste avant la note 186.

(192) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 176 et n. 375.

(193) Cf. *id.*, *op. cit.*, p. 176; - voir aussi n. 376.

(194) Voir BIZR 19, n° 105, p. 198.

mesure de soin eût été **inefficace** à ce sujet. Dans cet exemple également, l'employeur aurait raison d'admettre qu'il avait agi avec soin, - **objectivement** parlant. Dans des cas pareils, la **relation** nécessaire entre l'endommagement et le travail de l'employé ferait, très souvent, **aussi** défaut. Pourtant, l'employeur ne pourrait jamais s'abriter derrière ce prétexte que ses consignes n'étaient pas **suivies** par son employé (195).

A la fin de son exposé, **Oftinger** aboutit aux **conclusions** suivantes (196). **Même si** l'on tient compte, dit-il, des cas relevant **proprement** de la seconde preuve libératoire (197), le **domaine d'application** de cette preuve serait **restreint**. En effet, on pourrait en **exclure déjà** les motifs de libératoire qui seraient **autrement efficaces**. Il s'agirait, dans ces hypothèses, de l'exonération fondée sur l'absence de la **causalité**. **Quant** aux **autres** cas d'application possibles de cette preuve (198), ils appartiendraient **en fait** - ou **aussi** - au domaine d'application de la **première** preuve libératoire. L'auteur écrit qu'on peut, dès lors, se demander si la mention de ce motif de libération à l'article 55 du COS (art. 55 du COT) doit ou non être accueillie avec **favor**. Car, si l'on considère que cette preuve se rapporte à l'exonération pour absence de causalité, elle serait **superflue**. Si l'on considère qu'elle concerne les cas qui pourraient proprement relever de son domaine d'application, on introduirait une solution **singulière** dans le Droit de la responsabilité civile, solution conduisant à la **non-unité** et semblant **arbitraire**. C'est pourquoi, selon l'auteur, il serait préférable qu'elle fût **négligée** (199)..

Notre exposé relatif aux considérations d'**Oftinger** se termine par ces lignes. Vu que nous avons **déjà** considéré, dans **d'autres** contextes, **tous** les aspects de ce problème de la seconde preuve libératoire, nous nous contentons, ici, de relever seulement que les idées de cet auteur se trouvent **accréditées** auprès de la doctrine, tant **suisse** que **turque**. Elles ont **influencé** bien des auteurs, et à ce **point** qu'elles ont été admises presque **telles quelles** par certains d'entre eux. - Pour le reste, nous renvoyons à **tout** ce que nous avons évoqué et discuté **jusqu'à présent** dans nos passages précédents..

(195) Cf. *Oftinger*, II/1, p. 176 n. 376.

(196) Cf. *id.*, *op. cit.*, pp. 176-177.

(197) Il s'agit des cas relatés à *nos* passages commençant juste avant la note 183 et se terminant avant la note 185..

(198) Il est question des cas exposés à *nos* passages commençant juste avant la note 186 et se terminant avant la note 193..

(199) Cf. *Oftinger*, II/1, pp. 176 - 177. - Voir aussi p. 177 n. 377, où il cite *certain*s auteurs qui abonderaient dans *son* sens et *certain*s *autres* qui défendent une opinion *différente*.

3.2.16. Metzger

Pour **Metzger**, «en raison de son caractère **particulier** (200)», la seconde possibilité d'exonération ne pourrait pas avoir une valeur **indépendante** de la première preuve exonératoire (201).

Selon lui, **Schmid** serait dans l'**erreur** lorsqu'il affirme que «cette **nouvelle** (202) preuve libératoire apporte un **allègement** de la responsabilité du détenteur (d'animaux s'entend..) pouvant avoir une importance **pratique** (203), l'autre preuve devenant souvent **difficile** (204).»

Selon lui également (205), **Oftinger** irait, en revanche, **trop loin** lorsqu'il estime que cette preuve est pour le moins **superflue**.

Quant à **Matzger**, il croit que ces deux auteurs défendent, chacun, une opinion **erronée** (206). C'est parce que le premier accorderait une valeur absolument **indépendante** à cette preuve, et que le second **l'assimilerait** purement et simplement à la première, - ce qui aurait pour conséquence de démontrer son **inutilité** (207)..

Au point de vue de **Metzger**, la deuxième possibilité de libération jouerait un certain **rôle** dans le cadre de la responsabilité du détenteur d'animaux: elle **compléterait** et **préciserait** le sens de la première possibilité de libération. Par cette preuve, qui aurait pour objet la démonstration de l'absence de **causalité** entre le dommage et le manque de soin, le législateur aurait **souligné** qu'il avait l'intention d'édicter une responsabilité pour défaut de soin.. Il ne s'agirait pas, ainsi, d'une responsabilité en raison du **risque** créé par la détention de l'animal à l'article 56 du COS (art. 56 du COT). S'il en était autrement, il n'y aurait nulle raison de rechercher si le préjudice provient ou non d'un manque de soin de la part du détenteur de l'animal. Il est vrai que la première preuve libératoire prouverait **déjà** qu'il ne serait pas question du tout d'une responsabilité fondée sur le risque. Quant à la seconde preuve, elle **renforcerait** ce point de vue et elle le ferait **utilement** (208)..

(200) Souligné par nous-même.

(201) *Metzger*, p. 116.

(202) Les mots soulignés dans le texte le sont de notre part.

(203) Voir *Schmid E. W.*, *Haftung für Tierschaden*, Thèse Berne, Bern/Zürich, 1917, p. 175, - cité par *Metzger*, p. 116.

(204) Cf. *Metzger*, p. 116.

(205) Cf. pour *Metzger*, pp. 116 - 117; - pour *Oftinger*, II/1, pp. 176 - 177.

(206) Cf. *Metzger*, p. 117.

(207) Cf. *id.*, p. 117.

(208) Cf. *id.*, *loc. cit.*

A son avis, cette preuve serait **aussi** utile sous une optique différente. Elle permettrait de dire à **qui** incombe la charge de la preuve concernant le problème de défaut de soin. Le cas échéant, ce serait le détenteur d'animal qui devrait prouver que, le défaut de soin dont il pourrait s'agir en l'espèce présenterait, en fait, un caractère **inadéquat** pour la production du préjudice. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, le responsable devra établir ou bien qu'il a réellement pris les mesures de soin nécessaires, ou bien que le défaut de soin éventuel de sa part ne constitue pas, en réalité, la cause **adéquate** du dommage (209).

Suivant l'auteur, même s'il s'agit à cette disposition d'une simple preuve **d'absence** de **causalité**, la seconde possibilité d'exonération aurait également une valeur non négligeable dans la pratique. En effet, le juge examinant ces deux preuves libératoires **ensemble**, il ne retiendrait le défaut de soin de la part du responsable légal que si ce défaut de soin serait en même temps **causal** pour la production du dommage. Et, ce serait ici qu'interviendrait cette autre **utilité** de la deuxième possibilité de libération. En effet, le raisonnement du juge n'eût pas **nécessairement** été le même s'il n'y avait pas cette preuve. Le problème de la causalité n'étant pas facile à résoudre, il faut recourir à des **théories** sur la causalité, théories qui sont forcément d'une portée tout à fait générale. Or, ces théories seraient «beaucoup moins **familières**» à bien des juges qu'à **Oftinger**.. On ne pourrait, donc, dire de manière catégorique que la seconde preuve est dépourvue de toute utilité **pratique** (210)..

Ainsi **Metzger** parvient-il à cette conclusion que «s'il est **erroné** d'accorder à cette preuve une efficacité **indépendante** à côté de la première preuve libératoire, à l'instar de **Schmid**, ce serait **«aller un peu vite en besogne»** que d'affirmer qu'elle est **superflue**, comme le fait **Oftinger** (211)..

Nous partageons les idées de **Metzger**, au moins en grande partie. Nous avons déjà - et maintes fois - exprimé le souhait que l'on **maintienne** cette preuve dans les textes légaux où elle figure déjà (art. 55 et 56 COS et COT) et qu'on l'**introduise** dans celui où elle fait, par négligence seulement, défaut (art. 333 CCS et art. 320 CCT).. Nous ne reviendrons pas sur ces points, que nous avons, à plusieurs reprises, discutés (212). Constatons simplement que les avis relatifs à la seconde preuve libératoire sont nettement **partagés**, - en ce qui concerne et son

(209) Cf. *id.*, *loc. cit.*

(210) Cf. *id.*, *loc. cit.*

(211) Cf. *id.*, pp. 117 - 118.

(212) Voir nos passages précédents..

contenu et son utilité.. Nous en voyons un dernier exemple chez **Chamorel**.

3.2.17. Chamorel

Cet auteur, qui consacre au problème des pages entières (213), considère que pour se libérer par cette preuve, l'employeur doit établir qu'entre sa conduite - répréhensible ou non - et la production du dommage, il n'y a pas de rapport de **causalité** adéquate. Ce serait le **cas**, par exemple, s'il y a **force majeure** dans l'espèce jugée.. Et dans certains **autres** cas, il pourrait s'agir des **accidents** pour ainsi dire, que même un soin **plus** intense n'aurait pu détourner. Il conviendrait d'en chercher les causes **ailleurs** que dans l'absence ou l'insuffisance des mesures de soin commandées par l'usage et les circonstances. Ferait **aussi** partie du domaine d'application de la seconde preuve libératoire l'hypothèse suivante: l'employé aurait causé le dommage **volontairement**; et il se serait comporté d'une façon **si rusée, si dissimulée** (214) que n'importe que soin eût été **impuissant** à déjouer ses desseins (215)..

Mais, ce qui arriverait le **plus** fréquemment selon l'auteur, ce serait le cas ci-après: le manque de soin relevé à la charge de l'employeur n'aurait **en rien** contribué à la réalisation de l'accident, du fait que celui-ci proviendrait d'une **autre** cause - telle que la **faute** du lésé, par exemple. Et l'auteur envisage à cet effet l'hypothèse suivante. Supposons que, dit-il, quelqu'un soit écrasé par une automobile en plein jour, que le conducteur marche à une allure modérée, qu'il connaisse d'ailleurs fort bien son métier de chauffeur, que la voiture soit en bon état et que les freins fonctionnent bien, mais que seuls les phares ne marchent pas. Et supposons encore que malgré le mauvais état des phares, cette défectuosité ne soit pour **rien** dans la survenance de l'accident.. Dans ces conditions, **Chamorel** relève que l'employeur du chauffeur réussirait à se libérer de la responsabilité prévue à son endroit par la loi (216).

L'auteur fait remarquer par ailleurs (217) que, la formule et la construction de l'article 55 du COS sont **différentes** de celles du § 831 du **BGB**. Alors que celui-ci exige nettement une **faute** de l'employeur, ce n'est pas le cas pour l'article 55 du COS qui se contente de la seule **activité** de l'employeur pour le déclarer responsable, et il ne permet

(213) Voir *Chamorel*, pp. 67 ss.

(214) L'auteur se réfère ici à *Oser*, rem. V 2 b à l'art. 55 COS.

(215) Cf. *Chamorel*, p. 69.

(216) Cf. *id.*, *loc. cit.*

(217) Cf. *id.*, pp. 70 - 71.

l'exonération que s'il démontre l'existence du soin requis.. Il en résulterait que la disposition prévoyant le second motif de libération serait **très nécessaire**. Elle serait si nécessaire que son inexistence **modifierait** même toute la situation. Car, si cette autre norme n'existait pas, un rapport de **causalité** pourrait paraître comme non **indispensable**, - causalité liant le dommage au défaut de soin. Il suffirait qu'une relation fonctionnelle existe seulement entre le préjudice et **l'activité** de travail de l'employeur. Et ladite relation pourrait être **toujours** constatée, **toutes** les fois que l'employé causerait un dommage dans l'accomplissement de son **travail**.. Ce serait cette conclusion que le législateur aurait voulu **éviter** en consacrant expressément cette seconde preuve de libération. Car, sinon, on pourrait facilement se trouver en présence d'une responsabilité **absolument causale** (cas de responsabilité sans faute **aggravée**).. Or, ce ne serait pas ce que la loi entendrait. La responsabilité de l'employeur n'est pas, d'après l'auteur, fondée sur une situation absolument objective en Droit **suisse**. Ainsi, on ne saurait dire que sa seule activité créant des **risques** ou que cette même activité nécessitant l'emploi des forces **auxiliaires**, l'employeur devrait répondre des dommages causés par ses employés (218). Dès lors, si la remarque de **Feder**, selon laquelle la disposition de l'article 831 du **BGB** prévoyant la seconde preuve libératoire est **inutile** outre que **superflue** (219), peut être considérée comme **juste** pour l'article 831 du **BGB**, elle ne conviendrait, en revanche, pas à l'article 55 du COS (art. 55 du COT) (220).

Nous **approuvons** les vues de **Chamorel**. Nous estimons cependant qu'elles ont besoin d'être **éclaircies** davantage.. Et, croyons-nous, on pourrait trouver les éclaircissements nécessaires dans différents passages de **divers** auteurs que nous avons examinés jusqu'à présent (221). Pour le reste, nous renvoyons à nos passages précédents, où nous avons étudié le problème sous bien des angles; - ce afin d'éviter des répétitions..

4. Notre opinion

Nous nous trouvons avoir **déjà** opiné tout le long de ce travail. Maintenant, il s'agit d'exprimer notre **propre** point de vue concernant le problème de la seconde preuve exonératoire.

(218) Cf. *id.*, p. 71; cf. aussi *id.*, p. 70.

(219) Voir *Feder*, p. 105.

(220) Cf. *Chamorel*, pp. 70 - 71. - L'auteur *critique* à ce propos l'opinion de *von Tuhr* (§ 49) et de *Maag* (p. 81), selon laquelle la remarque de *Feder* dont il est question dans le texte principal serait aussi *juste* pour le Droit suisse.. Cf. *id.*, p. 70 et n. 4 ss.

(221) Voir tout notre travail..

Suivant **nous - même**, on pourrait parfaitement dire que ce que la loi requiert, c'est tout aussi bien l'existence **effective** des mesures de soin que le **comportement soigneux** du responsable. On pourrait affirmer qu'en vertu de la réglementation légale même, le responsable ne doit, **en aucun cas**, manquer **personnellement** de déployer le soin objectivement nécessaire.

Sinon, le but de **prévention** que le législateur poursuit, selon **nous - même**, en édictant des cas de responsabilité **de plano** où la démonstration du soin nécessaire possède un effet **libératoire** (221 bis) ne pourrait se **réaliser**. Cet objectif de prévenir les dommages **autant que possible** nous paraît une raison suffisante pour demander, dans ces espèces de responsabilité, **aussi bien** la **présence objective** des mesures propres à prévenir la production des dommages qu'une **conduite personnellement soigneuse** de la part du responsable. Car, autrement, il se pourrait fort bien qu'il **n'applique pas** le soin voulu. Or, c'est, avant tout, afin **d'inciter** les responsables légaux que se trouvent, selon **nous - même**, prévues toutes ces responsabilités à caractère nettement **spécial**. En effet, suivant la réglementation légale, la responsabilité est **d'abord retenue**, **sans** aucun égard à un éventuel défaut de soin du responsable. Si ce n'est qu'**ensuite** que la loi lui permet **d'écarter** sa responsabilité déjà établie. Et, à cet effet, le responsable doit démontrer qu'il a **assuré** le soin requis. Mais, le but de **prévention** que poursuit le législateur ne serait **pleinement** réalisé que si l'on exige à **la fois** l'existence objective des mesures de soin et le comportement soigneux des responsables, - selon **nous - même** du moins..

On devrait, donc, **sanctionner** le manquement **subjectif** au soin nécessaire de la part des responsables légaux, tout comme l'on sanctionne le manquement objectif à ce soin. Il importe par conséquent de savoir s'il y a eu non, en l'espèce, un manquement de ce genre, que ce manquement soit **causal** ou non pour l'arrivée du préjudice. On peut, croyons-nous, parfaitement défendre cette idée que les responsables légaux ne sont pas, en vérité, tenus pour avoir **causé** le dommage d'une manière directe ou indirecte. Ou, on peut aisément affirmer qu'ils répondent du dommage **moins** pour l'avoir causé que pour ne pas avoir **assuré** le **soin requis**. C'est pourquoi, on ne devrait pas, estimons-nous, **récompenser** les responsables légaux de leur **omission**. Si l'on admet

(221 bis) Cf. *Huber E.*, *Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Basel, 1925, p. 297 n. 2. - Voir et comp. *Koçhisarihoğlu* (III), p. 333..

une solution différente, on aurait quelque difficulté à expliquer **pourquoi** ce sont eux **seulement** qui répondent justement d'un préjudice en l'absence de toute preuve **certaine** de causalité. Par ailleurs, la **présomption** de causalité prévue par la loi ne se **justifie** pas au point de vue du Droit probatoire, - tout comme la présomption de défaut de soin du reste.. De telles présomptions **non véritables** ne peuvent se justifier qu'au seul point de vue de la **politique juridique**.. Car, elles **dépassent** le cadre étroit de la preuve, ainsi la forme, pour atteindre le **fond** même du Droit. Ces présomptions légales ne sont pas, non plus, conformes aux données **statistiques**: rien ne nous permet d'admettre d'avance que les responsables légaux sont **d'habitude** non soigneux.. Alors, dans ces conditions, on peut se poser la question suivante: puisque l'on se passe fort bien d'une causalité réelle et **prouvée** pour déclarer une personne **responsable** d'un dommage, **pourquoi** lui accorde-t-on le droit de se **libérer** par la preuve de l'absence de causalité?.. La solution contraire ne serait soutenable que si les présomptions en cause étaient de **véritables** présomptions. Or, comme nous venons de le dire, il n'en est rien (221 ter)..

De telles présomptions de causalité n'ont, à vrai dire, pas de **place** dans le système de la responsabilité civile, ni dans le domaine de la responsabilité pour faute, ni encore moins dans celui de la responsabilité sans faute. En effet, en l'**absence** de la causalité, nulle responsabilité n'est, à notre sens, concevable. Dans les cas de responsabilité sans faute - dite aussi **causale (!)** en terminologie du Droit suisse -, cette exigence nous paraît encore plus primordiale. Car, la responsabilité sans faute requiert au moins la **causalité**, à défaut de laquelle on ne saurait **comment** la **justifier**..

Nous aimerions aussi à faire remarquer que les responsables légaux **supportent** le **risque** de la preuve: s'ils ne peuvent établir soit la présence du soin requis, soit le défaut de la causalité entre l'inexistence du soin et le préjudice, ils **continuent** de répondre du préjudice causé. Cela

(221 ter) En effet, les présomptions *véritables* sont *rattachées* à un fait *connexe*, *étranger et en dehors* du fait présumé, à partir duquel on aboutit à l'existence de ce dernier. A ce sujet, voir, par exemple: *Leipold D., Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebiete*, Berlin, 1966, p. 92; *Rosenberg L., Die Beweislast*, 4^e éd., Munich/Berlin, 1956, pp. 203 ss.

Or, les «présomptions» prévues dans le cadre des responsabilités en question *manquent* ouvertement de tels faits connexes, dont on puisse tirer ces conclusions que le soin exigé ne se trouve pas déployé et que l'absence de soin est la cause adéquate du dommage produit.

démontre également qu'ils sont tenus du dommage sans égard à un éventuel manque de soin causal de leur part. Ils sont d'abord responsables du préjudice, **quitte** ensuite à se libérer; et leur libération n'est pas possible s'ils **échouent** dans l'administration de la preuve du soin exigé, même si, **en fait**, ils ont exercé ce soin. Une telle construction **technique** nous démontre qu'ils ne répondent pas pour avoir causé le dommage **personnellement**. Ils ne répondent que du dommage causé par **autrui**. Et, cette conclusion nous paraît **capitale**. Les responsables légaux ne sont en réalité tenus qu'en leur **seule qualité sociale**, qualité considérée par le Droit en vigueur comme **juridiquement relevante**.. Il peut, ainsi, y avoir une causalité non **individuelle**, mais entièrement **sociale**, tout à fait différente de la première. Et cette causalité exige, selon notre entendement, que les responsables légaux ne puissent se libérer en démontrant simplement qu'ils ont, **personnellement**, bien agi. Elle ne nous commande de les libérer que si toutes les mesures de soin **objectivement** commandées, soit par l'usage, soit par les circonstances, ont été **assurées**. Mais, la responsabilité **individuelle** ne peut **disparaître** pour autant; car elle demeure **toujours** au coeur du problème de la responsabilité civile. La responsabilité **humaine** ne saurait s'en passer, ou elle ne pourrait s'en passer qu'au prix de grands dommages. **Nous-même**, nous ne le voudrions pas.. C'est pour cette raison **aussi** - outre l'idée de **prévention** - que les responsables légaux devraient, estimons-nous, établir à **la fois** l'existence **objective** du soin nécessaire d'une part et leur **conduite subjectivement irréprochable** d'autre part..

Et lorsque l'on apprécie la seconde preuve libératoire, nous pensons que la solution du problème ne devrait pas dépendre **exclusivement** de la réponse à donner à la question de l'absence de la causalité **objective**, comme elle ne devrait pas dépendre **seulement** de la réponse concernant le problème de la causalité **subjective**. Les deux causalités devraient être envisagées, pour admettre ou nier l'exonération.

Nous voudrions également relever qu'il s'agit, dans ces espèces de responsabilité, d'une causalité **différente** de celle du Droit commun, à un **autre** point de vue **encore**. Outre la causalité **proprement dite**, de nature tout à fait **personnelle**, une autre causalité complètement **impersonnelle** est pareillement en jeu.. Cette dernière, c'est ce que nous pouvons nommer «**causalité de la sphère**» (221 quater).. Cette causalité est fondée sur un lien entre le dommage et la sphère **d'existence** et de **responsabilité** de la personne responsable. Il suffit, pour retenir la responsabilité du détenteur de la sphère, que le préjudice se produise

(221 quater) Cf. *Bydlinski*, p. ex. p. 18.

dans sa **sphère** de responsabilité, où il mène son existence et où il détient l'**autorité**. Car, il doit **répondre** de sa **sphère** comme de **lui-même** et de ses **propres** actes. C'est lui qui en est le détenteur, et c'est lui **seul** - et nulle **autre** personne à **sa place** - qui puisse **influer** sur les sources de dommages qui s'y trouvent.. Aussi est-ce lui **seul** qui puisse avoir la possibilité de **prévenir** les dommages qui se produiraient dans sa propre sphère d'existence et de responsabilité. Et, il est clair que la possibilité de **prévention** et la **responsabilité** vont **de pair**. Selon un principe du Droit **non écrit**, commet certainement une **négligence** celui qui **n'empêche pas** la production d'un dommage, alors qu'il est en **mesure** de l'empêcher.. Ce principe assez ancien doit aussi être consacré en notre matière. Il est d'ailleurs sous-jacent à toute la construction juridique de ces responsabilités hors cas.

Seulement, il s'agit ici d'une **autre** sorte de possibilité de prévention que sur le plan du Droit dit commun. En effet, il ne peut nullement être question d'une possibilité **individuelle** et **subjective** de prévenir les préjudices éventuels. Même si les responsables légaux ne peuvent individuellement empêcher la réalisation du préjudice, leur responsabilité est engagée; et ils ne sauraient la dégager au motif qu'ils ont des **excuses**, même valables, à ce sujet. Il ne leur serait pas permis de s'abriter derrière le fait qu'ils ne dépendaient pas d'eux d'éviter le préjudice.

Il est nécessaire et suffit à ce propos que la **sphère** dont les responsables légaux sont les détenteurs possèdent le moyen de prévenir le dommage en question. Et cette possibilité de prévention doit être appréciée **in abstracto**, sans tenir compte des moyens **personnels** des responsables.

En conséquence, pour échapper à sa responsabilité, le responsable doit démontrer l'existence d'une cause **étrangère** à sa sphère. A cet égard, son manque **personnel** de soin ne devrait pas constituer une telle cause. La seconde preuve exonératoire doit, ainsi, signifier qu'il n'y a **aucune relation logique** et **raisonnable** entre la production du dommage et la sphère d'existence du responsable légal.

A notre sens, on s'appuie, **en principe**, sur la teneur même de toutes ces normes à caractère **exceptionnel**. Or, elles ne parlent nulle part de la **causalité**: ni la première preuve libératoire ni la deuxième n'y font même pas allusion. L'article 320 CCT (art. 333 CCS) ne prévoit pas, du reste, la seconde possibilité d'exonération, - ce **contrairement** aux articles 55 et 56 COT (art. 55 et 56 COS).. - Les §§ 831 ss du **BGB** consacrent des dispositions **semblables** à celles des articles 55 et 56 du COT (art. 55 et 56 du COS). Dès lors, **pourquoi** ne serait-il pas permis

de dire que ces cas de responsabilité en quelque sorte **légal**, n'exigent **pas** que le défaut de soin en question soit **aussi causal** pour la production du préjudice?. En effet, ces normes ne demandent que les précautions requises soient **effectivement prises**; elles ne demandent pas **plus**. Il est vrai que **toute** responsabilité suppose causalité - entre autres conditions, conditions pouvant varier selon l'espèce de responsabilité -, en l'absence de laquelle, une responsabilité quelconque, de quelque nature qu'elle soit, est impensable. Mais, il n'est aucunement indispensable que la causalité dont il s'agit dans ces normes de responsabilité à tendance **objective** se rapporte au **manquement** des responsables à leur devoir, devoir qui serait prévu par la loi elle-même. Puisque l'on fait presque totalement abstraction de la **personne** du responsable pour fixer le genre et l'intensité des mesures requises, il ne nous paraît pas facile de soutenir encore qu'une telle responsabilité se trouve fondée sur la violation d'un devoir **personnel** de soin. Si ces responsabilités réellement basées sur l'inobservation d'un devoir juridique quelconque, ce ne pourrait être qu'un devoir **objectif** et **impersonnel**. Alors, la causalité qui serait en question ne concernerait qu'un **état de fait** entièrement **objectif**, à savoir la production d'un dommage dans la **sphère** de responsabilité, d'autorité et d'influence du responsable. Et s'il y a bien une causalité dans ces cas, ce ne peut être, en réalité, que la causalité de cette **sphère** (222). En conséquence, l'absence de causalité, que pourrait avoir la deuxième preuve libératoire comme objet, ne pourrait avoir trait au défaut de soin, mais bien à la **sphère** de responsabilité du responsable légal.

Sous un angle différent, d'après **nous**, le **fondement** de toutes ces responsabilités ne pourrait résider ni dans la **faute** des responsables, ni dans un **manque** de **soin**, - même objectivement compris - de leur part (223). Outre que le soin exigé est décrit de manière **objective** et

(222) Cf. *Koçhisarhoğlu* (I), entre autres endroits, pp. 27 ss, 40 ss et 151 ss; *id.* (II), pp. 302 ss, 305 ss, en particulier p. 305 et p. 307 ensemble. - En ce sens, voir aussi ATF 103 II 27, concernant la responsabilité du *chef de famille*: «Le texte légal est clair. L'article 333 CC parle d'un dommage en relation de *cause à effet* avec un *état de chose objectif*, savoir l'existence de *l'autorité domestique (...)*» Les mots soulignés dans l'arrêt le sont de *notre* part.

(223) Cf. *Koçhisarhoğlu* (I), pp. 22, 23 s, 27 ss, 40 ss et p. 101; - comp. *Egger*, rem. 5 à l'art. 333 CCS; *Gilliard F.*, Vers l'unification du droit de la responsabilité, Société suisse des juristes, Rapports et communications, RDS 1967, pp. 216 s. - Voir encore *Koçhisarhoğlu* (I), p. 101: «(...) il n'est pas indispensable *d'inventer*, pour justifier la responsabilité du chef de famille, un devoir de réparation qui serait la sanction d'un *prétendu*

impersonnelle (224), la **charge** de la **preuve** se trouve aussi **renversée**, de sorte que ce n'est pas au lésé d'établir le défaut de soin et son caractère causal, mais c'est au responsable de démontrer le contraire. Or, il se peut fort bien que le responsable ait **effectivement exercé** le soin voulu, mais qu'il ne puisse pas le prouver, ou qu'il ne puisse pas démontrer le défaut de causalité entre le dommage et l'inexistence d'une mesure de soin déterminée. Il supporte donc aussi bien le **risque** de dommage de la part de la personne ou de l'animal dont il répond que le **risque** de ne pas pouvoir faire la preuve. S'il échoue dans l'administration de la preuve du soin malgré l'exercice du soin **effectif**, il est tenu, **en réalité**, pour une **autre** cause que le défaut de soin. Et, vu la construction légale, cette cause ne peut se trouver que dans la **première** partie de toutes ces normes exceptionnelles. Nous pouvons observer alors que la raison des responsabilités en question réside dans la **sphère** de **domination** des responsables.

S'il en est ainsi, comment **expliquer** la présence des preuves libératoires? A notre entendement, elles sont prévues à des fins de **prévention** (225). La loi permet aux responsables de se libérer de leur responsabilité, **d'ores et déjà** établie du fait de la survenance d'un dommage dans leur sphère d'influence, au motif qu'ils pourraient, par là, être **incités** à exercer le soin nécessaire qu'ils n'exerceraient peut-être pas **autrement**. En conséquence, la raison d'être de ces deux preuves exonératoires ne devrait pas être recherchée dans le but d'atteindre, autant que possible, le manque de soin causal et celui de rendre possible l'exonération au cas **contraire**. La seconde preuve libératoire ne pourrait donc avoir pour objet l'établissement de l'**absence** de la **causalité** entre le préjudice et le défaut de soin.

Remarquons, par ailleurs, que la doctrine **dominante** - tant en Suisse qu'en Turquie - considère que la formule de la **première** preuve libératoire permet, voire même commande, d'exiger un rapport de **causalité** entre le dommage et l'absence de soin; elle affirme même que ledit

devoir de surveillance, qui est en réalité *inexistant* du reste intellectuellement *inconcevable*.» Voir aussi *op. cit.*, p. 101 n. 137: «Il est cependant parfaitement possible de parler d'un *devoir* à charge du chef de famille tendant à *empêcher* les actes dommageables des mineurs, etc. placés sous son *autorité*.» En ce sens, voir *Egger*, rem. 5 à l'art. 333 CCS.

(224) Voir *Koçhisarlioğlu* (I), entre autres endroits, p. 24 et n. 8, - ainsi que les auteurs cités dans cette note.

(225) Cf. *Koçhisarlioğlu* (III), p. 333. - Voir *Huber, E.*, *Recht und Rechtswirklichkeit, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 2^e éd., Basel, 1925, p. 297 n. 2.

rapport doit présenter un caractère certain. En ce cas, il n'y a rien d'étonnant qu'elle puisse, à la rigueur, soutenir que la seconde preuve libératoire revient souvent à la **première** (226). - **Nous** admettrions **aussi** qu'il pourrait en être ainsi dans **certains** cas (227). Mais, nous interprétons les choses **différemment** (228) et nous considérons les **deux** preuves exonératoires sous un **autre** jour (229). Selon **nous**, le **manque** de soin ne constitue pas le **fondement** des responsabilités en question, mais la **preuve** du soin permet l'**exonération**. En assurant le soin voulu, les responsables peuvent s'exonérer de leur responsabilité, **déjà** intervenue en vertu de la première partie des normes dont il s'agit. Ainsi sont-ils tenus de répondre du dommage causé, **dès que** le dommage se trouve causé par la personne ou l'animal dont ils répondent. Le seul effet de l'exercice du soin nécessaire, c'est de **décharger** les responsables de leur responsabilité engagée du fait du préjudice. Et quant à la seconde preuve exonératoire, elle peut **parfois** revenir à la **première**. En effet, puisque la démonstration du soin exigé est **déjà** libératoire, la deuxième possibilité de libération pourrait, dans certains cas du moins, signifier, **en fin de compte**, que le soin exigé se trouve en fait assuré

(226) En ce qui concerna la conception, selon laquelle la première preuve libératoire déjà exige un rapport de *causalité* entre le dommage et le défaut de soin, voir, par exemple: *Oftinger*, II/1, p. 150; *Deschenaux/Tercier*, p. 101; *Nater*, pp. 13 ss et p. 18; - *Tandoğan* (II), p. 65; *Eren* (II), pp. 292 - 293; *Oğuzman*, p. 196. - La jurisprudence dans ces deux pays se trouve aussi fixée dans ce sens. Voir, p. ex.: ATF 95 II 100 ss en Droit suisse; *YIBK*, E 1, K 3, T 27.3.1957 et *TD*, E 967/77, K 6563, T 5.12.1968 en Droit turc. - Pour notre part, nous ne pourrions concevoir que *difficilement* que, la *mauvaise éducation* et son caractère *causal* dans la production du dommage soient *aussi présumés* de par la loi dans le cadre de la responsabilité du chef de famille. Voir, à ce propos, *Koçhisarhoğlu* (III), entre autres endroits, p. 324. Il en devrait être *de même*, à notre sens, du défaut de soin de la part de l'employeur dans le *choix* de son employé.

- Et en ce qui concerne cette autre conception, selon laquelle la seconde preuve libératoire *revient*, en fait, à la *première* dans bien des cas, voir par exemple: *Oftinger*, II/1, pp. 174 ss; *Tandoğan* (II), p. 71.

(227) Voir *Koçhisarhoğlu* (I), p. 152.

(228) Voir aussi *Koçhisarhoğlu* (I), pp. 152 s.

(229) Voir aussi *Koçhisarhoğlu* (I), entre autres endroits, pp. 43 ss, pp. 108 ss d'une part et pp. 151 ss d'autre part. Voir, par exemple, nos lignes suivantes: «On pourrait fort bien soutenir, au contraire, et à la rigueur, concernant l'art. 333 CC, qu'il *n'ya aucun* rapport entre le *fondement* de la responsabilité du chef de famille et la clause *d'exonération*. Ils pourraient avoir des fondements *différents*, fonctionner *différemment* et n'être associés que par le *texte* légal, non par le *sens* de celui-ci.» Voir, *op. cit.*, p. 44.

par le responsable (230).. Mais, d'après **nous**, la seconde preuve exonératoire peut être faite de **deux** manières. **D'abord**, le responsable peut établir que le préjudice provient, en réalité, d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond. **Ensuite**, le responsable peut prouver que, quoique le préjudice provienne réellement de l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond, il s'agit cependant d'un acte qui se trouve **en dehors** de la sphère **d'influence** du responsable (231). Ainsi, le responsable légal peut s'exonérer par l'une des preuves suivantes. Il peut s'exonérer, s'il peut démontrer que le soin assuré était **propre** à prévenir tout risque de dommage, **avant** même la réalisation du dommage en question. Il peut aussi s'exonérer, s'il peut démontrer que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond n'aurait pu être **empêché** par l'application du soin nécessaire. A cet effet, il peut établir **ou bien** que l'acte de la personne ou de l'animal dont il répond n'est, en réalité, pas la **cause adéquate** du dommage produit, **ou bien** que, quoiqu'il constitue la cause adéquate du dommage, il se trouve cependant **en dehors** de la sphère **d'influence** du responsable.. En tout état de cause, les **deux** possibilités d'exonération sont accordées aux responsables légaux pour de motifs tenant à la **prévention**.. C'est pourquoi, estimons-nous, les responsables légaux doivent toujours démontrer qu'ils ont **effectivement** pris les mesures de soin commandées par les circonstances, ou que les mesures de soin en question n'étaient pas commandées par les circonstances du fait qu'il s'agit des actes dommageables des personnes ou des animaux, qui sont **en dehors** de leur sphère d'influence. **Notre** vue **diffère** donc **sensiblement** des autres.. Selon l'opinion consacrée à ce sujet, de même que les responsables peuvent se libérer par cette preuve qu'ils ont pris les mesures de soin requises, de même ils peuvent s'exonérer par cette **autre** preuve que les mesures de soin nécessaires n'eussent pas pu prévenir la production du dommage. Cette conclusion semble commandée par la **logique**. En cette dernière hypothèse, il s'agirait, alors, tout naturellement de l'absence de causalité entre le préjudice et le manque de mesures..

Par ailleurs, pour ne pas **confondre** la première et la deuxième des preuves libératoires, disons que celle-ci sert **aussi à compléter** le sens et la portée de celle-là. La seconde preuve exonératoire peut, **utilement**, aider à **mieux déterminer** et **circonscrire** la première; mais, elle n'est pas cependant la première preuve libératoire **elle-même**.. Si la deuxième possibilité d'exonération ne servait à **rien**, il n'y aurait aucune

(230) Cf. *Koçhisarlioğlu* (I), p. 152.

(231) Cf. *Koçhisarlioğlu* (I), entre autres endroits, p. 152.

raison de l'instituer à **part**.. Elle doit, donc, avoir une valeur **indépendante** et présenter une certaine **utilité**.

Avant tout, grâce à cette preuve, on peut facilement **écarter** les causes qui ne prennent pas leur source dans la **sphère** de responsabilité du responsable. En effet, le responsable ne pourrait **influencer** de telles causes dommageables. Si le responsable légal peut bien répondre, plus ou moins comme une sorte de **garant**, des dommages produits dans sa **sphère** d'activité et de risque, il ne saurait, en revanche, assumer la responsabilité des préjudices qui lui sont **étrangers**, aussi bien que sa **sphère** de domination. Il s'agirait alors **ou bien** des dommages qui n'auraient **rien** à voir ni avec la personne du responsable ni avec sa **sphère** d'existence, **ou bien** des dommages qui n'auraient une relation avec le responsable ou sa **sphère** que de manière tout à fait **occasionnelle**. Dans le deux cas, il serait **inique** de le charger du poids de la réparation. Mais, relevons - le encore une fois, dans ces hypothèses, le responsable légal ne se trouve pas libéré pour avoir **respecté** son devoir de soin; il ne se libère que parce qu'il est question des causes de dommages non réalisées dans son cercle **d'influence**. Il est évident qu'il ne pourrait aussi répondre de tels dommages, puisque leur réalisation lui **échappe** forcément..

La seconde preuve exonératoire peut **encore** permettre d'éviter les solutions par trop **absurdes**.. Elle constitue un **remède** sûr contre des reproches **mal** fondés, - des reproches qui seraient, pour ainsi dire, «**dans l'air**».. On ne pourrait demander aux responsables légaux de prendre **n'importe quelle** mesure de soin. Les mesures qui n'auraient **rien** à voir avec le **bon fonctionnement** de la **sphère** d'activité des responsables ne devraient point entrer en ligne de compte, afin de retenir leur responsabilité. A l'opposé, les responsables légaux ne pourraient se libérer en démontrant l'existence de pareilles mesures. Ce n'est pas parce que les mesures en question ne se trouveraient pas en relation de **cause à effet** avec le préjudice qu'on permettrait ou non la libération des responsables légaux. Mais parce qu'on ne saurait exiger de leur part de semblables mesures, celles-ci n'étant pas du tout en **rapport** avec la **raison d'être** des deux preuves libératoires (232). N'étant pas **propres** à réaliser les fins de **prévention** que le législateur attribue à ces preuves libératoires, les mesures en cause doivent être tenues **en dehors** des hypothèses légales.

Et, pour que ces fins de prévention puissent être **pleinement** réalisées, il faut que les responsables légaux **assurent**, en tout état de cause, que

(232) Voir encore *Huber E., op. cit.*, p. 297 n. 2.

les mesures de soin nécessaires soient prises. Sinon, ils **demeurent** toujours engagés.. Ils doivent non seulement garantir les mesures **elles-mêmes**, mais ils doivent **aussi** garantir le **résultat** des mesures, de sorte que celles-ci **empêchent** la production de tous dommages relevant par nature de leur sphère d'influence. Autrement, il ne servirait à rien qu'ils garantissent les mesures de soin, **sans** garantir **aussi** leur **efficacité**.. De sorte que si les mesures de soin peuvent, par nature, prévenir la réalisation d'un dommage donné, les responsables légaux sont **tenus** de le prévenir. Ils sont, donc, obérés d'une obligation de **résultat**, - si nous pouvons jargonner ainsi.. Leur tâche à cet effet nous paraît **difficile**. En effet, déjà la production du préjudice dans la sphère de domination des responsables légaux démontrerait par elle-même qu'ils n'ont pas **empêché** le dommage, alors qu'ils le pouvaient parfaitement. Et, on sait que **qui n'empêche pêche**, alors qu'il le peut (233).. Cette donnée de la réalisation du préjudice dans la sphère d'activité et de risque des responsables légaux, pourrait, le cas échéant, constituer même une espèce de **présomption**, - non pas légale, mais **du fait de l'homme**. Et les responsables pourraient **difficilement** s'exonérer. Ils devraient, dans ce cas, démontrer que le dommage s'est produit **malgré** le bon soin de leur part, - ce qui est plus dur à établir que la simple **existence** des mesures de soin exigées d'eux.. Ainsi, les responsables légaux ne pourraient être déchargés de leur responsabilité, tant qu'ils ne prouvent pas qu'ils n'ont pu **empêcher** (234) le préjudice en dépit du

(233) Comp. cette vieille règle du Droit: *Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest*. On peut la rendre en français ainsi: On n'est pas coupable, lorsqu'on a connaissance d'une mauvaise action qu'on ne peut empêcher.. Nous aimerions à exprimer l'idée contenue dans cette maxime de la manière suivante: *Nulle faute n'a été commise par celui qui n'a rien à se reprocher quoiqu'il soit en possession d'empêcher un dommage, mais bien par celui qui...* Pour cette règle, cf., entre autres sources, de Maleville J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 2^e éd., t. 3, p. 191.

(234) Voir, à ce sujet, la formule de l'article 1384 du CCF. Cet article déclare d'abord que la responsabilité des surveillants est engagée; et il permet ensuite qu'ils puissent s'en dégager sur cette preuve qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à leur responsabilité. Sur le sens et la portée de la disposition de l'alinéa 7 de l'article en question - alinéa rendant possible l'exonération -, voir, p. ex.: Mazeaud H./Mazeaud L./Tunc A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, 1965, n^{os} 766 ss; Colin A./Capitant H./de la Morandière L. J., *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1956, n^o 1151; Plantol M./Ripert G./Esmein P., *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., Paris, 1952, n^o 631; Aubry/Rau, *Droit civil français*, 7^e éd. sous la direction de P. Esmein et A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, Paris, 1975, n^o 420;

soin **adéquat** de leur part, ou que, **même s'ils** avaient **déployé tout** le soin requis, ils n'eussent pas **empêché** le préjudice. Remarquons tout de suite que, dans cette dernière branche de l'alternative, les responsables ne peuvent s'exonérer s'ils n'ont pas **réellement** pris les mesures indispensables.. Cette preuve ne saurait leur permettre d'écarter leur responsabilité, alors qu'ils n'ont **rien** fait pour détourner le préjudice, ou qu'ils n'ont pas fait **suffisamment** de choses à cet effet. Dans les **deux** cas, ils doivent donc démontrer qu'ils ont **assuré** les mesures de soin. Cette conclusion nous paraît nettement être commandée par le but de **prévention** que les preuves libératoires poursuivent selon nous..

Certains auteurs (235) pensent, tout comme **nous-même**, que la responsabilité pour le manquement dans sa **propre sphère** d'existence s'explique par les considérations de **prévention** des dommages, ainsi que celles de **domination** des risques. Il est tout indiqué **d'inciter**, par des responsabilités **menaçantes**, les personnes à **prévenir, autant que possible**, les dommages qui pourraient se produire dans leur sphère de **domination** et **d'intérêt**. Il ne faut jamais perdre de vue que le «détenteur» de la sphère est la personne **la mieux** placée pour dominer les sources de préjudices. Et, l'idée de prévention joue certainement un rôle **très important** dans le Droit de la responsabilité civile (236). - Si l'idée de prévention est importante dans la vie en **société**, l'idée **d'initiative** nécessaire est aussi importante; en effet, c'est d'elle que dépend le progrès, et c'est elle qui est le pivot de toute entreprise. Dès lors, il faut aussi lui accorder une place, et une place importante, dans la détermination de la **liberté humaine** ainsi que ses **limites**.. C'est dans **l'équilibre** et **l'harmonie** de ces deux données que se trouvent, croyons-nous, toutes les réponses à toutes les questions posées par la responsabilité.. Il faut éviter de **décourager** les gens par la menace de responsabilité, qui risquerait fort de les gêner dans leur liberté de **mouvement** et **d'entreprise** (237). Il convient, donc, laisser aux gens un **champ** de liberté suffisamment **large** pour ne pas les opprimer..

Starck B., Droit civil, Obligations, Paris, 1972, n° 707; *Weill A./Terré F.*, Droit civil, Les obligations, 2^e éd., Paris, 1975, n° 658; *Lambert G.*, Cours de droit civil, Droit du patrimoine, Principes généraux, Maisonneuve, 1971, pp. 246 ss; *Le Tourneau Ph.*, La responsabilité civile (Ancien *Lalou*), Paris, 1972; n°s 1161 ss.

(235) Cf. *Bydlinski*, p. 18.

(236) Sur l'importance de la **prévention** dans le Droit de la responsabilité civile, voir, p. ex.: *Marton G.*, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 162 (1963), p. 20 et pp. 36 ss.

(237) Comp. en ce sens, p. ex.: (auparavant) *Maiciska J.*, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig/Wien,

Pour en revenir à la **causalité** de la sphère, nous croyons que la causalité de la sphère de domination et d'influence est une idée fort soutenable. Et selon nous, dans toutes ces responsabilités où la responsabilité d'une personne se trouve engagée par l'**intermédiaire** d'une autre personne ou d'un animal, la **seule** causalité possible, c'est celle de la **sphère**. En effet, comment expliquer autrement qu'une personne réponde du fait d'une autre ou du fait d'un animal, **sans** qu'elle - même ne soit pour **rien** dans l'arrivée du préjudice? Nous attirons, encore une fois, l'attention sur ce que ces responsabilités sont engagées, **d'ores et déjà**, en l'absence de toute preuve de causalité reliant le dommage à la personne du responsable. Ce n'est qu' **ensuite** que la loi lui permet, sous certaines conditions bien définies, l'exonération. Dans cette construction juridique, il est clair, pour nous, qu'il ne peut s'agir d'une causalité proprement **humaine** et **individuelle**, - relativement à la personne du responsable. La seule causalité logiquement pensable, c'est celle qui peut s'établir entre le préjudice et la **source** du préjudice, source qui se trouve justement dans la **sphère** d'activité et de responsabilité du responsable. Et si le responsable est tenu de répondre aussi de **tels** dommages, c'est qu'il **domine** et qu'il **représente** en quelque sorte la sphère en question. Cette sphère est aussi sa sphère **d'intérêt**. Il est, dès lors, parfaitement naturel qu'il en assume toute la responsabilité et toutes les conséquences qui en découlent. Ainsi, **l'imputation** du dommage se trouve réalisée par l'imputation à la sphère d'activité du responsable et, par là, à la personne du responsable elle-même. Dans le premier stade du raisonnement, on impute le préjudice à la **source** du préjudice; et dans le deuxième, on impute le préjudice à la **sphère** de responsabilité du responsable, puisque le préjudice prend sa source dans cette sphère; et, enfin, dans le dernier stade du raisonnement, on impute le préjudice au **détenteur** de cette sphère. C'est possible, à notre entendement, et c'est possible aussi bien **logiquement** que **juridiquement** (238)..

1904; (de nos jours) *Deutsch E.*, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Eine privatrechtliche Untersuchung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1963, pp. 68 s.

- (238) Voir en ce sens: *Hegel G. W. F.*, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1818 - 1831, Edition et commentaire par *K. - H. Ilting*, Bd. IV, § 116. L'auteur y relève que l'individu doit *répondre* aussi bien de ses *propres* agissements que ceux des «*éléments*» soumis à sa «*domination*». Car, ces éléments appartiennent également à lui. Ils sont, pour ainsi dire, les *siens*, dépendant de lui et soumis, par ailleurs, à sa *surveillance*, etc.. L'auteur compte, parmi ces «*éléments*» de l'individu - éléments qui, selon nous - même, *prolongent* en quelque sorte sa personne - *les enfants* et les *animaux* aussi. Il s'agit, là, de la *sphère* d'existence et de responsabilité

C'est ainsi que les responsables légaux répondent d'un dommage qu'ils n'ont nullement **causé personnellement**, - du moins selon le sens que nous donnons à ce dernier mot. Ils répondent purement et simplement du fait **d'autrui** ou de **l'animal**, parce que ces êtres se trouvent dans leur **sphère** de responsabilité. Sinon, comment expliquer d'ailleurs ce résultat qu'ils sont tenus de réparer le dommage, même s'ils n'ont, en fait, eu **aucune** possibilité de prendre les mesures de soin nécessaires et, par là, **d'empêcher** la réalisation du dommage? En effet, la doctrine dominante en Suisse et en Turquie soutient fermement que ce qui compte, c'est l'existence **objective** du soin **objectivement** décrit (239). Les responsables légaux doivent assumer la responsabilité du dommage «causé» par l'une des personnes ou par un animal soumis à leur **autorité** et leur **surveillance**, dès que se trouvent ces êtres dans leur sphère d'activité et de risque. Or, la doctrine dominante dans les deux pays mentionnés estime que les responsables légaux sont tenus de réparer le dommage, même s'ils sont **incapables** de discernement, ou qu'ils sont **absents**, ou encore qu'ils sont **malades** au point d'être cloués au lit (240).. Mais, le caractère **artificiel** du raisonnement saute aux yeux. En outre, comment concevoir un devoir légal qui ne pourrait être **réellement** respecté par le sujet juridique, devoir dont la violation **objective** engagerait, par ailleurs, sa responsabilité? De plus, il s'agit d'une responsabilité non pas de **sa propre** conduite, mais du fait d'une **autre** personne ou d'un animal.. Et, par-dessus le marché, une telle responsabilité n'est pas prévue à son endroit s'agissant de **ses propres** agissements (241).. Il serait donc, dans ces hypothèses, responsable **d'avantage** que de lui-même.. Il faut pour **justifier** un pareil point de vue des arguments **solides**, que nous ne pouvons découvrir chez la doctrine, ni la jurisprudence. Le devoir **objectif** de soin (**Sorgfaltspflicht** objectivement déterminée et appréciée..) a **encore** besoin d'être **approfondi** (242) en tant que **concept**. Il est ou devrait être clair que **nul** ne saurait être tenu d'un

de l'individu, - si nous ne abusons pas des mots. - Voir encore: *Larenz K., Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität», Leipzig, 1927; id., Tatzurechnung und «Unterbrechung des Kausalzusammenhanges», NJW 1955, pp. 1011 s.*

(239) Voir, entre autres auteurs: *Oftinger*, II/1, p. 99, par exemple; *Tandoğan* (II), pp. 53 et s; *id.* (I), pp. 343 et s; *von Tuhr/Peter*, p. 448.

(240) Voir, p. ex.: *von Tuhr/Peter*, p. 448.

(241) Voir l'art. 41 COS et COT, § 323 BGB.

(242) En ce sens, voir: *Oechslin K., Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Zürich, 1948, pp. 488 ss.*

devoir juridique qu'il ne pourrait, de prime abord, **respecter**. «**Impossibilium nulla obligatio**», dit une ancienne règle de Droit (243).

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'idée d'un devoir juridique qui ne s'**arrête** même pas à la frontière de l'**impossible**, ne concernerait, en vérité, que la notion d'**illicéité**, et non, à proprement parler, celle de **responsabilité**. Toute responsabilité devrait prendre **fin** à la frontière de l'**impossible**. Car, si les responsables ne peuvent **empêcher** la réalisation du dommage, pourquoi et à quel titre seraient-ils obligés de répondre du dommage? D'ailleurs, il est communément admis que **toute** responsabilité **cesse** dès qu'il est établi qu'il y avait **inévitabilité**, soit **subjective** (cas de responsabilité **pour** faute), soit **objective** (cas de responsabilité **sans** faute) (244).. C'est une règle **fondamentale** du Droit. - Par ailleurs, même si l'on

(243) Il est vrai que le concept d'*illicéité* surtout n'implique pas nécessairement la *possibilité* de se conformer à la norme, dont la violation est constitutive d'illicite. Voir, entre autres auteurs *turcs* et *suisses*: *Darbellay J.*, Théorie générale de l'illicéité, Fribourg, 1955, n° 79, p. 180 p. ex.; *Kaneti S.*, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru (L'élément d'illicéité dans les actes illicites) (en turc), İstanbul, 1964, p. 32.

Cette affirmation, qui peut prêter à la *critique* du reste, ne serait, à notre sens, valable d'ailleurs que pour les normes dites de *résultat*. Quant aux normes dites de *comportement*, elles exigent l'examen du comportement de l'agent, afin de décider de l'existence de l'illicite. Voir, à ce sujet: *Merz H.*, Die Widerrechtlichkeit gemäs Art. 41 Obligationenrecht als Rechtsquellenproblem, *In* Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, Bern, 1955, pp. 311 et ss.

De toute façon, le problème de savoir si l'illicéité est un concept *subjectif* ou, au contraire, un concept *objectif*, est un problème *discutable* et effectivement *discuté*. Voir, à ce propos, les études suivantes de divers auteurs, de divers pays: *Kaneti S.*, *op. cit.*, entre autres endroits, p. 32; *Darbellay J.*, *op. cit.*, entre autres endroits, pp. 127 ss et pp. 132 ss; *Hold von Ferneck A.*, Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena, 1903; *Merkel, A.*, Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. I., Giessen, 1867, pp. 42 et ss; - voir aussi: *Nipperdey H. C.*, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, pp. 1777 et ss; *Bienenfeld R.*, Die Haftungen ohne Verschulden, Typenlehre und System der aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Berlin/Wien, 1933, pp. 36 ss et pp. 398 ss; - voir également les auteurs cités par Bienenfeld.

(244) Au sujet de l'*inévitabilité* et ses conséquences en responsabilité civile, tant subjective qu' objective, voir, entre autres auteurs: *Giovanoli S.*, Force majeure et cas fortuit en matière d'inexécution des obligations selon le Code des obligations suisse (Avec une comparaison des droits

admet que l'illicéité est une notion **objective**, il est à faire remarquer que l'illicéité à **elle seule** ne peut fonder une responsabilité quelconque; il lui faut encore une **raison** qui justifie la responsabilité. Tout comme la **causalité**, l'illicéité est aussi l'un des éléments de la responsabilité, mais elle n'en est pas le **motif** ou le **fondement**. Celui-ci doit être recherché **ailleurs**. Et, si l'on conçoit que l'inobservation **objective** du devoir de soin, lui-même **objectif**, constitue le **fondement** de toutes ces responsabilités à base de devoir de soin, on **confondrait** alors l'illicéité et le fondement; - ce qui n'est pas permis. En effet, l'illicéité est l'une des conditions de la responsabilité; elle se trouve dans **toute** espèce de responsabilité, que la responsabilité soit pour faute, ou qu'elle soit sans faute. Ainsi, un élément de toute espèce de responsabilité ne saurait constituer le **fondement** même d'une responsabilité sans faute. Sinon, on aurait, en fait, à faire à une responsabilité **sans** fondement du tout, - ce qui n'est pas possible.

Aussi pouvons-nous affirmer d'une part que les responsabilités, où il est question de la seconde preuve libératoire, ne peuvent, en réalité, se concevoir comme basées sur la violation d'un devoir de soin **impersonnel**, et d'autre part qu'elles ne sauraient être **sans** fondement. Ces réflexions nous amènent à nous demander, encore une fois (245), si le fondement de toutes ces responsabilités du fait d'autrui ou du fait d'animal ne peut se trouver dans une **situation objective**, décrite d'ailleurs par la loi elle-même, à savoir une certaine **qualité** juridique. Nous pouvons, croyons-nous, voir cette qualité dans le fait de **détenir** une **sphère** juridique, sphère qui **prolonge**, en quelque sorte, la personne du responsable. Dès lors, il est naturel qu'il en assume aussi la responsabilité, et qu'il réponde des actes et événements (246) dommageables produits dans son cercle de domination et d'influence.

Ainsi la seule qualité d'être **détenteur** d'une sphère juridique de responsabilité suffit-elle à engager la responsabilité du détenteur de la sphère. Et, si c'est le cas, la **causalité** dont il est question ne peut, non plus, se rapporter à la **personne** même du responsable, mais bien à sa

allemand et français actuels), Genève, 1933; Stark E. W., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden), Thèse Zürich, Zürich, 1946; Junod Ch.-A., Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956.

(245) Voir Koçhisarioğlu (I), pp. 25 ss et p. 101; - entre autres endroits.

(246) Sur la notion d'événement en Droit de responsabilité civile, surtout sans faute, voir, en particulier: Oechslin, *op. cit.*, pp. 116 ss et p. 603, p. ex.; Esser J., Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2^e éd., München, 1969, pp. 78, 79 et 115 s; Junod, *op. cit.*, pp. 47 ss et pp. 138 ss.

sphère, où il domine et décide. Et cette domination et ce pouvoir de décision lui permettant - dans une certaine mesure du moins - **d'influencer** les sources de préjudices, il est compréhensible qu'il assume le poids de la réparation. **Qui peut éviter, doit réparer**, pourrions-nous dire.. Mais, il ne faut pas croire, pour autant, que la seule possibilité de prévenir les dommages constitue le fondement même de toutes ces responsabilités liées, en quelque façon, à la détention d'une sphère juridique déterminée. Cette possibilité d'influer sur les sources de préjudices n'est que l'une des **justifications** de ces responsabilités.. A ce propos, relevons qu'il convient de **distinguer**, et nettement, le **fondement** de la responsabilité d'avec la **justification** de la responsabilité (247). L'une de ces notions ne devrait pas être mise à la place de l'autre..

La causalité en question étant celle de la **sphère** de responsabilité, **l'absence** de causalité, elle aussi, ne pourrait avoir trait qu'à la **sphère**, et non, à proprement parler, à la personne du détenteur de la sphère, en tant que tel. La **seconde** preuve libératoire concernerait, le cas échéant, également la sphère de responsabilité (248). Et, les responsables

(247) Voir, à ce sujet, part exemple les distinctions soigneusement faites par *Bienenfeld R.*, *op. cit.*, p. 51. - Selon nous - même, le fondement de la responsabilité est l'acte ou l'événement ou encore la situation (suivant la nature et l'espèce de la responsabilité en question..) qui font *naître* la responsabilité. L'ordre juridique accorde à certains actes ou événements ou encore situations un effet *constitutif* ou *générateur* de responsabilité. Quant à la *justification* de la responsabilité, c'est la *raison* de politique juridique servant de motif à la responsabilité. Le fondement de la responsabilité nous explique pourquoi elle *naît*, et la justification de la responsabilité nous explique pourquoi elle est *prévue*. Comme on peut le constater, ces deux problèmes *diffèrent* nettement l'un de l'autre. Pour reprendre les termes de *Bienenfeld*, le premier relève de la *systematisation* juridique, tandis que le second de la *politique* juridique..

(248) Pour la *notion* de la *sphère* de responsabilité (sphère d'existence, de domination, d'activité, de risque, d'influence, etc..) ainsi que les autres notions en dépendant, voir, les auteurs suivants: *Strohal E.*, Gutachten betreffend die Reform des österreichischen Schadenersatzrechtes, in Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des a.b. Gesetzbuches, Dem österreichischen Advocatentage erstattet. Wien, 1880, pp. 139 ss; *Merkel R.*, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg, 1895; *Müller - Erzbach R.*, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106, pp. 309 ss, en particulier pp. 347 ss, et AcP 109, pp. 1 ss; *Wilburg W.*, Die Elemente des Schadensrechts, a.d. Lahn, 1941, entre autres endroits, pp. 6 ss, pp. 40 ss et pp. 187 ss; *Oechslein K.*, Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Zürich, 1948, en particulier pp. 466 ss et p. 610; - voir aussi *Koçhisarlioğlu* (I), pp. 25 ss, p. 101, pp. 151 ss et différents autres endroits.

légaux ne pourraient s'exonérer de leur responsabilité, - **déjà** engagée en vertu de la loi, responsabilité **ex lege**, pour ainsi dire - qu'en démontrant l'existence d'une cause **étrangère** à leur **sphère d'activité**. Ils ne pourraient le faire qu'en prouvant le caractère **extérieur** du dommage à leur sphère de **risque**. Et, ils ne seraient à même de rapporter cette dernière preuve qu'en établissant que, le préjudice s'est produit **en dépit** de l'exercice **effectif** du **soin**, ou que le préjudice n'eût pu être **empêché** par le **soin** requis. Mais, il faut le souligner, dans ces **deux** cas, les responsables **légaux** ne sauraient se libérer de leur responsabilité que s'ils ont **réellement** pris **toutes** les **mesures** de soin exigées.. Et en ce qui concerne la **seconde** preuve exonératoire, les responsables légaux peuvent la rapporter de façon suivante. Ils peuvent **ou bien** prouver que le dommage provient, en fait, d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou de l'animal, dont ils répondent. Ils peuvent **ou bien** prouver que, **quoique** le dommage **provienne** réellement de l'acte de la personne ou l'animal dont ils répondent, cet acte est **pourtant extérieur** à leur sphère d'activité. Dans ces deux dernières hypothèses, il s'agirait, en fait, d'une cause pour ainsi dire **étrangère** à la sphère de responsabilité des responsables légaux, et par conséquent à eux-mêmes.

Il est clair que si les responsables légaux doivent bien répondre des préjudices **intrinsèques** de leur sphère d'activité, ils ne sauraient, en revanche, aussi répondre des préjudices **extrinsèques** de leur sphère.. Dans ce dernier cas, il serait question **ou bien** des préjudices dus à **d'autres** causes que l'acte de la personne ou l'animal dont les responsables légaux répondent, **ou bien** des actes de la personne ou l'animal ne **relevant** pas, par leur essence, de la sphère de responsabilité des responsables légaux, - **échappant** donc à l'**influence préventive** de cette sphère. Dans la première branche de l'alternative, il est **naturel** que les responsables légaux ne soient pas tenus de réparer le dommage; puisque celui-ci n'est, à proprement parler, pas l'oeuvre de la personne ou l'animal dont ils répondent. Et dans la deuxième, il est **logique** qu'ils ne soient pas obligés d'indemniser le lésé; parce que, quoique le dommage soit l'oeuvre de la personne ou l'animal dont ils répondent, il est question cependant d'un dommage qui n'eût pas **dû** et partant **pu** - et non pas un dommage qui n'eût pas **pu** et partant **dû** - être **empêché** par l'activité **préventive** de leur sphère d'influence et de risque. Le dommage ne **dépendrait** pas, alors, de l'action **spécifique** de leur sphère.. En tout état de cause, les responsables légaux doivent **toujours** établir l'**exercice effectif** du soin requis pour écarter leur responsabilité. Ainsi, qu'il s'agisse de la première preuve libératoire, ou qu'il s'agisse de la seconde preuve libératoire, les responsables **légaux** ne pourraient s'exonérer qu'à **ce prix**..

Conclusions

1.1. La **jurisprudence** paraît, d'une manière toute générale, **disette**, sinon **muette**, sur la question. Toutefois, quelques **points** de **repère** peuvent, quand même, être décelés.

1.2. La jurisprudence ne semble envisager la seconde preuve libératoire que lorsque le défaut de soin présente, en l'espèce, un caractère **douteux**..

1.3. Cette preuve pourrait, pour la jurisprudence, permettre, le cas échéant, de décider de la **nécessité** ou **l'opportunité** d'une précaution de soin déterminée.

1.4. Toujours selon la jurisprudence, la preuve en cause pourrait aussi **faciliter** l'administration de la **première** preuve libératoire.

1.5. Au point de vue de la jurisprudence, cette preuve pourrait servir à **choisir** entre diverses mesures de soin, toutes également **possibles**..

1.6. Et au cas où l'on considérerait cette preuve comme faite, elle **suffirait** à elle seule à l'exonération des responsables légaux, - même si la **première** preuve libératoire ne se trouve pas, expressément ou implicitement, rapportée dans le cas jugé.

1.7. Et enfin, si le manque de soin semble **problématique in casu**, mais qu'il ne saurait, de toute façon, être **causal** pour la production du dommage, le second moyen de libération paraît avoir une vertu libératoire par lui-même, en accordant aux juges la possibilité de se **passer** de trancher la question concernant l'exercice effectif du soin indispensable.

2.1. Quant à la **doctrine**, elle n'est pas, non plus, très **abondante** sur le sujet.. Mais, on peut dire qu'elle témoigne, tout de même, de **l'intérêt** à l'égard des problèmes posés par la deuxième possibilité d'exonération.

2.2. Suivant certains, la formule même de la seconde preuve libératoire est de nature à donner lieu à **discussion**. Elle serait **équivoque**, et elle serait, de ce fait, propre à créer des **malentendus**..

2.3. La mention **expresse** de cette preuve serait, pour certains, tout à fait **superflue**, alors que pour d'autres, il n'en serait pas **ainsi**.

2.4. D'aucuns estiment que la seconde preuve exonératoire est complètement **inutile**. Et certains pensent qu'elle est, au contraire, **utile**. Et enfin quelques-uns croient qu'elle est même **très utile**..

2.5. Pour ce qui est des **arguments** avancés dans l'une et l'autre direction, ils **varient** suivant les auteurs.

2.6. D'après maints juristes, la deuxième preuve de libération n'aurait trait qu'à la seule **causalité**. Elle signifierait simplement que l'omission des mesures de soin doit être en rapport de cause à effet avec le dommage pour retenir la responsabilité des responsables légaux; **sinon**, ils peuvent naturellement s'en libérer.

2.7. Toutefois, le **sens** et la **portée** de la seconde preuve exonératoire en tant que problème de causalité créent des **divergences** de vue. Sous l'angle d'une **certaine** opinion, il ne pourrait s'agir de l'exonération que sur le fondement de la **négation** de causalité. Sous l'angle d'une opinion **différente**, il ne pourrait être question de l'exonération qu'à base de l'idée de causalité **hypothétique**.

2.8. Selon la conception généralement consacrée, la causalité étant **présumée** dans toutes ces responsabilités qui impliquent le deuxième moyen de libération, on aurait affaire à la preuve **contraire** à la présomption de causalité dans le cadre dudit moyen. Pourtant, il faut le souligner, il ne suffirait jamais que la démonstration de l'absence de la causalité soit **uniquement possible**. La preuve à cet effet devrait présenter un caractère **certain** pour que l'on admette la libération des responsables.

2.9. Bien que le second moyen exonératoire ait des rapports étroits avec la causalité, ces rapports s'établiraient néanmoins d'une **autre** façon que lorsqu'il s'agit de l'exonération du fait des motifs dits **généraux** de libération - qui **interrompent** la causalité, savoir la **force majeure**, la **faute du lésé** et la **faute du tiers**. Dans la **première** hypothèse, le défaut de causalité intéresse le manque ou l'insuffisance de soin; tandis que dans la **deuxième**, il est relatif à l'acte dommageable même. Dans la première on s'occupe du «fait» du responsable légal - «auteur» **médiat** du dommage -, alors que dans la deuxième celui de la personne ou l'animal - cause **immédiat** du dommage.

2.10. A en croire **certains**, cette autre preuve libératoire ne s'avérerait **utile** que dans des cas **rares**. Les principes généraux de la responsabilité civile **suffiraient**, dans la règle, à résoudre les problèmes relevant de la deuxième possibilité libératoire.

2.11. Pour **d'autres**, il n'en serait pas ainsi, et cette autre preuve aurait un domaine d'application **propre** à elle.

2.12. Afin d'appliquer la seconde preuve exonératoire, on devrait,

le cas échéant, **comparer** le déroulement **réel** des faits avec celui **hypothétique**. Cette preuve ne serait en cause que si la règle juridique «ordonnant» l'exercice du soin requis en l'espèce se trouve considérée comme **non respectée** par les responsables légaux. Dans le but d'en décider, il faudrait, attentivement, **apprécier** les circonstances **réelles** d'une part et les circonstances **hypothétiques** d'autre part.

2.13. Dans le cadre de cette possibilité exonératoire, il conviendrait, paraît-il, nettement **distinguer** les hypothèses suivantes.

Il faudrait **d'abord** se demander si le préjudice se fût ou non **aussi** produit en l'**absence** du défaut de soin de la part des responsables légaux, **d'autres** faits ou événements ayant été survenus - faits ou événements également **propres** à produire le **même** préjudice.

Il faudrait **ensuite** se demander si le défaut de soin en question est ou non **causal** pour la production du préjudice dont il s'agit.

Il faudrait **encore** se demander si le préjudice serait ou non arrivé, supposé que les responsables légaux eussent **pris** toutes les mesures de soin exigées, alors qu'ils ne les ont pas, **en fait**, prises.

2.14. Au cas où la seconde preuve libératoire serait réellement **rapportée**, cela signifierait que le défaut de la preuve concernant l'exercice du soin indispensable et partant l'inobservation de leur «devoir» de soin de la part des responsables légaux se trouvent, en réalité, **sans objet**..

2.15. La consécration de cette autre preuve libératoire **attesterait**, par ailleurs, d'une manière éclatante que la loi rattacherait toutes ces responsabilités légales à la **violation** d'un **devoir** de **soin** par les responsables.

2.16. Mais, cette autre preuve **dépasserait**, au fond, les **limites** lui fixées par la démonstration que l'application du soin requis serait, en vérité, **sans objet** en l'espèce, du fait que **d'autres** circonstances pourraient **également** entrer en ligne de compte dans l'arrivée du dommage visé.. En effet, elle posséderait **aussi** d'autres possibilités d'**application**, allant au-delà des frontières habituelles d'une telle preuve, à savoir l'interruption de la causalité.

2.17. Toutefois, le sens et la portée réels de cette preuve ne se révéleraient pas très **clairement**, - du moins d'après certains auteurs..

En laissant de côté les cas «normaux» d'interruption de la causalité, on pourrait déterminer le **champ** d'application de la seconde preuve libératoire comme suit.

L'auteur direct du préjudice peut s'être conduit de manière **irréprochable**.

Le responsable légal peut bien avoir violé son «devoir» de soin **subjectivement**, mais non **objectivement**. Il peut, ainsi, avoir été **négligent** en fait d'exercice du soin; pourtant, sa conduite ne saurait être qualifiée de **négligente** au point de vue objectif.

Et enfin, le lésé peut avoir adressé un reproche **inexact** à l'endroit du responsable, alors que le reproche exact résiderait **ailleurs**.

Dans tous ces cas, la seconde preuve d'exonération pourrait trouver application.

2.18. Bien qu'il en soit ainsi, **certains** auteurs font quand même remarquer que le domaine d'application propre à cette preuve se montrerait **restreint**. Aussi son admission paraîtrait-elle comme des plus **douteuses**. Car, **ou bien** elle se révélerait **superflue**, **ou bien** elle conduirait à des solutions **singulières** en Droit de responsabilité civile, créant, par là, des **diversités** indésirables.

2.19. Un domaine d'application **différent** de la deuxième preuve d'exonération, serait constitué par le cas **fortuit** qui n'atteint pas le degré **d'intensité** nécessaire pour être considéré comme un cas de **force majeure**. Si la responsabilité est fondée sur une **faute** du responsable légal, comme c'est le cas en Droit **allemand**, le **casus mixtus** aurait également un effet libératoire sous le point de vue de cette autre preuve exonératoire.

2.20. La seconde preuve exonératoire présente, en tout état de cause, un aspect **hypothétique**.

2.21. A défaut de la **première** preuve exonératoire, il serait **toujours** possible de l'administrer.

2.22. Quant aux **fonctions** de cette autre preuve libératoire, selon **certains**, elle n'aurait pas une fonction **indépendante** de la première preuve libératoire, - **revenant** souvent à la première.

Suivant **d'autres**, elle remplirait, au contraire, une fonction **spécifique**, bien différente de celle de la première preuve. Elle aurait, entre autres fonctions, à **alléger** toutes ces responsabilités **aggravées** à dessein par le législateur. En effet, elles **s'écartent** toutes de la responsabilité du Droit commun par certains traits, - dont la charge de la preuve en particulier. Cette preuve posséderait aussi une fonction de nature tout à fait **pratique**; la première preuve libératoire apparaissant, même

souvent, comme **difficile** à rapporter, cette autre preuve la **remplacerait** utilement.

Et pour **d'aucuns**, cette preuve ne serait **ni dépourvue** de toute fonction, **ni**, non plus, appelée à exercer une fonction **absolument** autonome. Elle remplirait une **certaine** fonction au sein de la construction technique de ces espèces de responsabilité, fonction non **négligeable**, mais aussi non **considérable**. Sous le rapport de cette dernière conception, qui semble **éclectique**, cette autre preuve exonératoire rendrait, entre autres services, les suivants. Elle démontrerait, par elle-même, que c'est aux **responsables** légaux de prouver **l'absence** de la causalité entre le dommage et le défaut de soin, et non au lésé d'établir le **contraire**. A ne prendre en considération que la première preuve libératoire, on pourrait, en **douter**. En outre, la seconde preuve libératoire **faciliterait** aussi la tâche du juge. Celui-ci pouvant avoir quelque **difficulté** à déterminer le lien causal, la possibilité de tenir compte, le cas échéant, aussi de la preuve en question, lui serait parfois d'un certain secours. Il serait à noter que les **théories** sur la causalité sont d'un **accès difficile**, même pour les gens très familiarisés avec les théories que sont précisément les théoriciens..

3.1. Quant à **notre** propre point de vue, nous serions tout **disposé** à approuver cette **dernière** manière de voir, aussi bien que les **autres** exposées jusqu'à présent.

3.2. Mais, **quand même**, nous considérons les choses sous un **autre** jour, adoptant une position **quelque peu différente**..

3.3. A notre entendement, les responsables légaux peuvent **toujours** s'exonérer de leur responsabilité, en prouvant que le dommage provient, **en fait**, d'une **autre** cause que l'acte de la personne ou l'animal **dont** ils répondent. Cette possibilité d'exonération **va de soi**. Car, il s'agirait d'un motif d'exonération de portée **générale**, valable dans tous les cas de responsabilité civile.

Il ne serait pas question, alors, d'un dommage **matériellement** produit dans la **sphère d'autorité** des responsables légaux. La **cause** du dommage serait, ainsi, **extérieure** et par là **étrangère** aussi bien à la personne des responsables que leur sphère de responsabilité.. Dès lors, l'exonération doit s'imposer..

3.4. Les responsables peuvent **aussi** s'exonérer de leur responsabilité, en établissant **l'existence effective** du **soin** propre à empêcher la réalisation du dommage. Ils démontreraient, de la sorte, que le dom-

mage se trouve arrivé **en dépit** du soin requis de leur part.. C'est là la **première** preuve libératoire.

3.5. Les responsables peuvent, **en outre**, s'exonérer par la démonstration de **l'inexistence** d'une relation de **cause à effet** entre le dommage et le manque de soin de leur part. C'est la preuve de l'absence de la causalité **proprement** dite.

3.6. Les responsables peuvent **aussi** s'exonérer, en démontrant cette fois que bien que le dommage provienne **réellement** de l'acte de la personne ou l'animal dont ils répondent, il s'agit d'un dommage qui ne **relève** pas de leur sphère de responsabilité, **échappant** ainsi à **l'influence préventive** de celle-ci et partant de leur personne.

Ils ne devraient pas, non plus, réparer ces dommages. Car, les dommages de ce genre ne sont pas **intellectuellement** et **moralement** produits dans la sphère d'activité et de risque des responsables, même s'ils sont **matériellement** survenus dans leur sphère..

Tous les cas d'application de cette preuve ont, en fin de compte, pour effet d'établir que le dommage se trouve, par sa **nature** même, **extérieur** et **étranger** à la sphère de domination des responsables.

3.7. Les responsables peuvent **enfin** s'exonérer, en rapportant la preuve de **l'impossibilité physique** ou **morale d'empêcher** le fait dommageable, qui donne lieu à leur responsabilité. Dans cette hypothèse, il leur faudrait prouver qu'ils n'eussent **pu ou dû** prévenir la réalisation du dommage, ou qu'ils n'eussent **pu et partant dû** détourner le dommage.

Ladite preuve signifierait que **malgré** tout le **soin** possible de la part des responsables légaux, le dommage est **quand même** survenu.

Par ailleurs, elle mettrait en relief que l'acte dommageable présentait un caractère **imprévisible** et **inévitable**. Notons que l'imprévisibilité et l'inévitabilité en question changent de **nature** en fonction du fondement assigné aux responsabilités légales.. Ainsi seraient-elles **aussi subjectives** ou **objectives**, suivant qu'on voit à la base de ces responsabilités une **faute** (système actuel allemand) ou un **défaut de soin objectif** (système actuel suisse et turc).

Ce serait le cas, par exemple, lorsque l'acte de la personne ou l'animal, dont les responsables répondent, se manifesterait **si soudainement** que toute mesure a ou aurait été **inefficace**, se montrant **impuisante** à détourner le dommage. Dans de tels cas, le fait dommageable en cause **déjouerait** ou eût **déjoué**, en réalité, tout soin, - même **des plus minutieux**..

3.8. Nous **soutenons** - et avec **fermeté** - que les responsables, **légaux** à **notre** sens, des actes dommageables des personnes ou animaux ne sauraient **jamais** s'exonérer s'ils n'ont pas **effectivement assuré l'ensemble** des mesures **propres** à écarter **toute possibilité** d'actes dommageables. L'existence de la seconde preuve libératoire ne pourrait ni ne devrait permettre de s'écarter de cette règle, - selon **notre** manière de voir du moins.. Déjà le **bon sens** commanderait cette solution. Mais, la **ratio legis**, surtout elle, nous mène aussi à formuler ce principe. Car, les preuves libératoires, toutes **deux**, ont été dictées - comme nous avons **essayé** de le démontrer - par le souci de **prévention** des dommages, et nulle autre idée..

S'il en est ainsi, le **fondement** de toutes ces responsabilités ne pourrait résider dans une **faute** ou un **défaut de soin** de la part des responsables. Ce fondement serait **ailleurs**.. Selon nous, c'est une certaine **qualité** qui peut seule rendre compte de ce fondement. Et cette qualité ne peut être logiquement autre chose que le fait d'être **détenteur** d'une **sphère** juridique de **responsabilité**. C'est par l'intermédiaire de cette sphère que la responsabilité des personnes dont il s'agit se trouve engagée. Elles répondent, ainsi, **ès qualités**. C'est **en tant qu'exerçant** une **fonction** déterminée, dont elles sont investies par la **loi**, qu'elles sont tenues de réparer les dommages causés par **certains** sujets de droit ou animaux. C'est pourquoi, les responsables en question répondent **d'emblée, sans** aucune référence à un défaut de soin, de quelque nature que ce soit.. C'est seulement **ensuite** qu'ils peuvent se **libérer** de leur responsabilité **déjà** engagée en vertu de la loi. Ils répondent, pour ainsi dire, **ex lege**, et l'**exercice** du **soin** exigé leur permet de **s'exonérer**.

Si l'on n'admet pas cette explication, on ne pourrait, croyons-nous, savoir **pourquoi** et **comment** certaines personnes - et **seulement** elles - se voient obligées d'indemniser les lésés, du fait des dommages qu'elles n'ont pas **causés** elles-mêmes. Une pareille responsabilité n'existe pas suivant le Droit commun de la responsabilité, qui est basé sur le comportement **personnel** - illicite et fautif - du responsable. Il est vrai qu'on pourrait, à la rigueur, voir dans le défaut de soin le **fondement** même de toutes ces responsabilités spéciales. Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que selon la **construction** légale, le **défaut** de soin **n'a pas** pour effet de **fonder la responsabilité**, mais que l'**exercice** du soin a un effet **libératoire**.. **En outre**, la **charge** de la **preuve** se trouve aussi réglementée **aux dépens** des **responsables** légaux.. Or, il se pourrait fort bien que les responsables aient, **en fait, exercé** le soin requis, mais qu'ils ne puissent parvenir à le **prouver**.

Dans ces conditions, il ne **nous** paraît plus possible de soutenir que les responsabilités en question soient réellement engagées du fait du manquement au devoir de soin..

3.9. Et s'il en est ainsi, le **défaut de soin** n'est pas le **fondement** de la **responsabilité**, mais l'**exercice du soin** constitue le **fondement** de l'**exonération**.

Il faut relever encore qu'aussi bien la responsabilité que l'exonération interviennent **objectivement**..

3.10. Dès lors, les responsables légaux doivent, pour s'exonérer, **garantir** toutes les mesures de soin nécessaires. Cette exigence nous paraît **si absolue** qu'on ne puisse **jamais** s'en passer. Elle s'impose, par conséquent, aussi dans le cadre de la **seconde** preuve libératoire. Elle est la condition **sine qua non** de l'exonération. C'est pourquoi, les responsables légaux seront **toujours** obligés d'en rapporter la preuve, s'ils veulent se libérer de leur responsabilité.

Nos réflexions nous conduisent aussi à **opiner** pour la **proposition** que les responsables légaux répondent à titre de **garants** en ce qui concerne tous les dommages produits dans leur **sphère** de responsabilité, - à l'**exclusion** de ceux qui proviennent de leur **propre fait fautif**.

Telles sont nos conceptions..

ABREVIATIONS

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AD	Adalet Dergisi (Revue de Justice) (en turc)
al.	alinéa
art.	article
ATF (BGE)	Arrêts du Tribunal fédéral suisse - Recueil officiel (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts - Amtliche Sammlung)
Aufl.	Auflage
Bd. (e)	Band (Bände)
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
c	cild, cilt (tome) (en turc)
C.	Considérant (s)
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
CCT	Code civil turc
cf.	conférer
chap.	chapitre
comp.	comparer
contra	contre
COS	Code des obligations suisse
COT	Code des obligations turc

DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université de Dicle) (en turc)
E	Esas (principal) (en turc)
éd.	édition
FE	Fribourg Extraits (Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de Fribourg)
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi (Chambre civile de la Cour de cassation turque) (en turc)
HGB	Handelsgesetzbuch
İBD	İstanbul Barosu Dergisi (Revue du Barreau d'Istanbul) (en turc)
ib., ibd., ibid.	ibidem (le même) (ouvrage, endroit)
id.	idem (le même) (auteur)
in	en, dans
inf., infra	plus loin, ci-dessous, en bas, ci-après, etc
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul) (en turc)
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), Paris, 1927 ss
JW	Juristische Wochenschrift
K	Karar (décision, arrêt) (en turc)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, - herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
loc. cit.	loco citato (endroit cité)
n.	note (s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n° (s)	numéro (s)
op. cit.	opere citato (ouvrage cité)
p.	page

p. ex.	par exemple
pp.	pages
pro	pour
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse (Zeitschrift für schweizerisches Recht)
Recht	Zeitschrift «Das Recht» - Rundschau für den deutschen Juristenstand
rem.	remarque
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs - Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Rechtsprechung (Entscheidungen) des Reichsgerichts in Zivilsachen - Amtliche Sammlung
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJB (ZBJV)	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins)
RSJ (SJZ)	Resmi Kararlar Dergisi (Revue de décisions officielles) (en turc)
RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung)
s	suiwant (e)
SJ/JCP	La Semaine juridique - Jurisclasseur périodique
ss	suiwants (es)
sup., supra	plus-haut, ci-dessus, en haut, ci-avant, etc
T	Tarih (date) (en turc)
t	tome (s)
TD	(Yargıtay) Ticaret Dairesi (Chambre de commerce de la Cour de cassation turque) (en turc)
VersR	Versicherungsrecht - Juristische Rundschau für die Individualversicherung

WarnR	Warneyer - Rechtsprechung des Reichsgerichts
YD	Yargıtay Dergisi (Revue de la Cour de cassation) (en turc)
YİBK (İBK)	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (Arrêt d'unification de la Cour de cassation turque) (en turc)
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi (Revue des arrêts de la Cour de cassation turque) (en turc)

BIBLIOGRAPHIE (*)

- Ayiter N.** Türk Hukukuna Göre Aynı Çatı Altında Yaşama Vakası - (En turc) - (Le fait de vivre sous le même toit selon le droit turc) - AÜHFD 17 (1960), 1 - 4, pp. 351 ss
- Bieder A.** Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweizerischen Obligationenrechte - RDS 5, pp. 327 ss
- Brehm R.** Responsabilité civile du chef de famille envers les tiers - FJS 848 (1967)
- von Büren B.** Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil - Zürich, 1964
- Bydlinski F.** Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht - Stuttgart, 1964
- von Caemmerer E.** Gesammelte Schriften - Bd. I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht - Tübingen, 1968
- Carbonnier J.** Droit civil - Les obligations - 6^e éd. - Paris, 1969
- Chamorel J.** La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés, en matière extra-contractuelle (art. 55 CO) - Thèse Lausanne, 1925
- Dabin J.** La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé - Bruxelles/Paris, 1935
- Deschenaux H./Tercier P.** La responsabilité civile - 1ère éd. - Berne, 1982 - (Traduit en turc par S. Özdemir - Sorumluluk Hukuku - Ankara, 1983)
- Egger A.** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - Das Familienrecht - Die Verwandtschaft (Art. 252 - 359) - 2^e éd. - Zürich, 1943
- Engel P.** Traité des obligations en droit suisse - Dispositions générales du CO - Neuchâtel, 1973

(*) Ne se trouvent citées - en principe - dans cette bibliographie que les études qui touchent *directement* le sujet de ce travail. - Les autres sont uniquement indiquées dans nos notes.

— En outre, les titres qui figurent dans notre bibliographie ne sont cités dans notre étude que par l'indication du *nom* de leur auteur.

- Enneccerus L. / Lehmann H.** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse - 14^e éd. - Tübingen, 1954 - 15^e éd. - Tübingen, 1958
- Eren F.** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi - (En turch) - (La théorie de la causalité adéquate au point de vue de la responsabilité civile) - Ankara, 1975 (I)
- Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C II - (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. II) - Ankara, 1986 (II)
- Erman W.** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Bd. I - 4^e éd. - Münster / Westfalen, 1967
- Esser J.** Schuldrecht - Allgemeiner und besonderer Teil - Ein Lehrbuch - 2^e éd. - Karlsruhe, 1960
- Feder E.** Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche - Berlin, 1902
- Feyzioğlu F. N.** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C I - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. I) - 2^e éd. - İstanbul, 1976.
- Fikentscher W.** Das Schuldrecht - 7^e éd. - Berlin / New York, 1985
- Frey. H.** Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr- oder Heilanstalt für ausserkontraktliches, widerrechtliches Handeln der seiner unterstellten Personen - Thèse Zürich, 1911
- Gayler E.** Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen - Ein Beitrag zur Frage der Kausalhaftung - Thèse Zürich, 1944
- Geigel R. / Geigel R.** Der Haftpflichtprozess - Mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts - 14^e éd. - München, 1969
- Gönensay, S.** Başkasının Fiiinden Mes'uliyet - (En turc) - (La responsabilité du fait d'autrui) - Ebül'ulâ Mardin'e Armağan - (In Mélanges offerts à Ebül'ulâ Mardin) - İstanbul, 144, pp. 133 ss
- İmre Z.** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri - (En turc) - (Cas de responsabilité sans faute en doctrine et en droit turc) - Thèse İstanbul, 1949
- Jerusalem H.** Die Haftpflicht der Aufsichtspersonen nach § 832 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich - Thèse Leipzig, 1903
- Kaneti S.** Les grandes lignes de la responsabilité extracontractuelle en droit civil turc - RIDC 24 (1972), n° 3, pp. 629 ss

- Karahasan M. R.** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku - (En turc) - (Droit de responsabilité et de réparation) - Ankara, 1981
- Keller A.** Haftpflicht im Privatrecht - Bern, 1970
- Keskin O. K.** Ev Reisinin Mesuliyeti - (En turc) - (Responsabilité du chef de famille) - AD 65 (1974), 4 - 5, pp. 310 ss
- Koçhisarlioğlu C.** La responsabilité du chef de famille selon l'art. 333 CC - Thèse Lausanne, 1981 (I)
- La personne du responsable selon l'art. 320 CCT (art. 333 CCS) en droit comparé - DÜHFD, t. I, n° 1 (1983), pp. 295 ss (II)
- La bonne éducation comme cause d'exonération du chef de famille - DÜHFD, t. I, n° 2 (1984), pp. 307 ss (III)
- Labhart M.** Die Haftung des Familienhauptes nach Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 333, unter Berücksichtigung des deutschen Rechts - Thèse Leipzig, 1916
- Maag H.** Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter - Thèse Zürich, 1924
- Masur K. B.** Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB. - Thèse Breslau, 1908
- Merkel R.** Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen - Strassburg, 1895
- Metzger J.** La responsabilité du détenteur d'animaux - Lausanne, 1956
- Nater H.** Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55, angesichts der wirtschaftlich - technischen Entwicklung - Thèse Zürich - Bern/Frankfurt, 1971
- Oftinger K.** Schweizerisches Haftpflichtrecht - Bd. I - 2^e éd. - Zürich, 1958 - 4^e éd. - Zürich, 1975 - Bd. II (II/1; II/2) - 2^e éd. - Zürich, 1958 - 1962
- Oser H. / Schönenberger W.** Das Obligationenrecht (Art. 1 - 183) - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - 2^e éd. - Zürich, 1929
- Oğuzman K.** Adam Kullananların BK 55 Gereğince Mesul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında - (En turc) - (A propos de la non-nécessité d'une faute de l'employé pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur suivant l'art. 55 CO) - ÜHFD 22 (1958), n° 1 - 2, pp. 182 ss
- Palandt O.** Bürgerliches Gesetzbuch - 27^e éd. - München, 1968

- Papa G.** Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia - Thèse Bern, 1949
- Pfeiffer W.** Die ausserkontractliche Haftung für Handlungen dritter Personen nach §§ 831 und 832 des BGB für das Deutsche Reich - Thèse Erlangen, 1900
- Planck G.** Bürgerliches Gesetzbuch - Bd. II - Berlin, 1900
- Reisoğlu K.** İstihdam Edenlerin Mesuliyeti - (En turc) - (La responsabilité des employeurs) - (Sans lieu), 1958
- Reisoğlu S.** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales) - 6^e éd. - Ankara, 1986
- RGRK** Das BGB - Kommentar - Herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern - 11^e éd., 1959
- Ruhl W.** Die Haftung der Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB, unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung - Thèse Würzburg, 1907
- Sachs A.** Die Haftung der Eltern für Delikte des Kindes, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu BGB § 832 - Thèse Heidelberg, 1911
- Saymen F. H.** Başkasının Fiilinden Mesuliyet - (En turc) - (La responsabilité du fait d'autrui) - İBD 1942, pp. 70 ss
- Schäfer K.** Staudinger's Kommentar zum BGB - Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse - Teil 5: §§ 823 - 835 - 10/11^e éd. - Berlin, 1975
- Silbernagel A.** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch - Familienrecht - Die Verwandtschaft (Art. 252 - 334) - 2^e éd. - Bern, 1927
- Soergel H. Th. / Siebert W.** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - 9^e éd. - Stuttgart, 1959 - 1961
- Stoll H.** Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens - JZ 1958, pp. 137 ss
- Sungurbey İ.** De la non-exigence de la faute de l'employeur ou de l'employé dans la responsabilité de l'employeur - Arrêt d'unification des Chambres civiles réunies de la Cour de cassation, du 27 mars 1957 - Communication faite au Congrès international de Droit comparé, tenu à Bruxelles en 1958 - Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, 7 (1958), 8, pp. 138 ss - Le même article paru en turc in İBD 31 (1957), pp. 154 ss

- Şenol Ş.** İstihdam Edenin (Adam Çalıştırmanın) Mesuliyeti - (En turc) - (Responsabilité de l'employeur) - AD 74 (1983), n° 3, pp. 529 ss et n° 4, pp. 617 ss
- Tandoğan H.** Quelques problèmes relatifs à la responsabilité civile en droit allemand, suisse et français - In Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı (In Mélanges pour la 40^e année de la Faculté de droit d'Ankara) - Ankara, 1966, pp. 317 ss (I)
- Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku - (En turc) - (La responsabilité extra-contractuelle non fondée sur la faute) - Ankara, 1981 (II)
- Tekinay S. S. / Akman S. / Burcuoğlu H. / Altop A.** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - C I (En turc) - (Droit des obligations - Dispositions générales - t. I) - 5^e éd. - İstanbul, 1985
- von Tuhr A.** Partie générale du Code fédéral des obligations - Traduit de l'allemand par M. de Torrenté et E. Thilo - 2^e éd. par E. Thilo - Lausanne, 1933 - 1934
- von Tuhr A. / Peter H.** Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts - Bd. I - 3^e éd. - Auf Grund der Ausgabe von A. Siegwart neu bearbeitet - Unter Mitarbeit von H. Schulin - Zürich, 1979
- Tunc A.** L'enfant et la balle - Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance - SJ/JCP (1966), I, 1983
- Ünal M.** Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu - (En turc) - (La responsabilité civile du chef de famille en droit civil turc) - Thèse Ankara - Ankara, 1979
- Völker H.** Die deutschrechtliche Entwicklung der Haftung aufsichtspflichtiger Personen nach § 832 BGB, unter besonderer Berücksichtigung des französischen, schweizerischen und österreichischen Rechtes - Thèse Köln, 1937
- von Wattenwyyl R.** Aussercontractliche Haftung des Aufsichtspflichtigen - Thèse Zürich - Zürich, 1926