

I

RAPPORTS ET CONTRIBUTIONS

QUELQUES REFLEXIONS SUR LES JURISPRUDENCES SUISSE ET TURQUE SE RAPPORTANT AUX DROITS DES PERSONNES ET DE FAMILLE (*)

par

Dr. Aytekin ATAAY

Docent de droit civil à l'Université d'Istanbul

I. L'ILLICÉITÉ DE L'USAGE NON CONSENTI DU PORTRAIT (DE LA PHOTOGRAPHIE) D'UNE PERSONNE CÉLÈBRE.

A. LA JURISPRUDENCE.

1. La jurisprudence suisse :

D'après un arrêt (de l'OG. de Zürich)¹, le fait d'être célèbre ne prive pas une personne de la protection juridique quant à l'usage non consenti de sa photographie par les tiers; et la reproduction de la photographie d'un artiste célèbre sur les paquets de cigarettes ou quelque chose de ce genre peut faire croire au public à un consentement rémunérateur de sa part, ce qui peut porter atteinte à sa réputation.

2. La jurisprudence turque :

La Cour de Cassation turque dans un arrêt a jugé que le fait de mettre sur le marché des photographies d'une reine de beauté dans des paquets de chocolat ne constitue pas un acte

(*) Ces arrêts sont choisis afin de faire apparaître que dans certains cas les jurisprudences suisse et turque diffèrent essentiellement l'une de l'autre alors que les textes des dispositions appliquées sont identiques.

1) G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen ZGB und OR, Band I (Zürich 1942) s. 170.

violant les intérêts personnels. Dans cet arrêt elle se prononce comme suit :

Quoique la demanderesse Mme. N. S. proclamée reine de beauté n'explique pas pourquoi le défendeur, en mettant sur le marché des paquets de chocolat contenant la photographie, commet un acte illicite dont il faut réparer le préjudice; celui-ci ne peut être condamné à une réparation morale par l'application de l'article 49 CO, vu qu'il n'y a pas de préjudice subi au sens de cet article, vu que le fait de mettre les photographies de la demanderesse qui a une certaine condition sociale, avec celles des autres personnes dans les paquets de chocolat n'est pas considérée comme étant de nature à atteindre son intégrité, sa réputation, son honneur et sa dignité; vu qu'ainsi que l'affirme le tribunal de première instance il n'était pas probable que l'on puisse croire que la demanderesse en sa qualité de reine de beauté participerait au profit obtenu de cette publicité d'une nature particulière...².

B. RÉFLEXIONS.

1. Généralités :

L'usage que l'on fait sans son consentement de la photographie d'une personne de notoriété publique à cause de ses idées, de son comportement ou de son attitude bons ou mauvais ne constitue pas un acte qui porte atteinte aux intérêts personnels de l'intéressé à condition que cet usage soit approprié.

Différents critères peuvent nous permettre de déterminer l'usage approprié :

a) Il faut qu'avant tout l'usage ne soit pas incompatible avec *la liberté individuelle, la dignité et l'honneur*. Il ne faut pas non plus qu'il soit une atteinte *au secret personnel*. Dans tous ces cas la violation de l'intérêt personnel se produit par le seul fait de la publication de la photographie ou de son usage ou encore de la façon dont la photographie est rendue publique. Par exemple, il n'est pas permis de publier dans un journal la photographie d'un

2) 4ème Chambre Civile, 5/3/1933, no. 443 (İstanbul Barosu Dergisi, no. 78, p. 354).

homme d'Etat célèbre en tenue de bain ou par suite de certains montages photographiques de la faire paraître en compagnie de personnalités peu appréciées par le public, ou encore de l'exposer dans une composition que le peuple ne trouve pas de bon goût. L'usage, comme marque, de la photographie d'une personne célèbre, atteint aussi ses intérêts personnels. Parce qu'ainsi l'intéressé est entraîné dans des relations qu'il n'a pas voulues; ce qui viole sa liberté individuelle. En outre, la conviction se forme que l'intéressé a donné son consentement contre un certain profit. Dans ces cas il y a violation de la personnalité. Parce qu'ainsi l'honneur et la dignité de l'intéressé sont atteints par la conviction qui se forme dans les esprits. Dans tous les cas où le but commercial de la publicité est manifesté, par exemple par l'usage de la photographie dans une réclame de savon, cette conviction se forme facilement.

b) Il faut que l'usage soit approprié dans son contenu et dans son étendue; c'est-à-dire, qu'il doit paraître comme une conséquence naturelle de la condition sociale de l'intéressé et du caractère public de sa personnalité. En d'autres termes l'usage par les tiers de la photographie d'une personne dans un sens qui diffère de sa condition sociale constitue un fait portant atteinte à ses intérêts personnels. Par exemple la reproduction de la photographie d'un peintre dans un album d'art ou la publication de sa photographie dans les journaux lors d'une manifestation d'art à laquelle il est intéressé ne constituent pas d'actes portant atteinte à sa personnalité. De même, la publication du portrait d'un homme de science dans une revue scientifique où l'on traite de sa personnalité et de ses idées n'est pas un acte qui viole les intérêts personnels. Par contre mettre sur le marché les paquets de chocolat contenant la photographie d'un peintre ou exposer la photographie d'un homme de science dans la vitrine d'un photographe sont des actes qui portent atteinte aux intérêts personnels de ceux-ci parce que ce sont des actes qui ne sont pas appropriés.

c) Enfin il faut que l'usage soit approprié dans le temps. On ne peut approuver que l'on puisse réveiller l'intérêt autour du nom d'une personne dans l'oubli depuis longtemps en reproduisant ou en exposant sa photographie. Cependant, en tenant compte du but de l'usage on pourrait le permettre dans certains cas; sans

cela les oeuvres historiques et documentaires seraient dans l'impossibilité d'être réalisées.

2. Conclusions sur les jurisprudences suisse et turque :

De cette explication il apparaît que la jurisprudence suisse est seule conforme au droit. En vérité le fait pour quelqu'un de devenir de notoriété publique ne le prive pas du droit de se faire protéger contre l'usage que l'on ferait de sa photographie. Dans le cas de l'usage de la photographie d'une personne célèbre dans la publicité commerciale on pourrait facilement croire qu'elle a consenti à cet usage en s'assurant d'un certain profit. Cette conviction l'atteint dans son honneur et dans sa dignité. D'autre part, dans le conflit auquel se rapporte le jugement, l'usage n'est pas approprié quant à son contenu. Parce que reproduire la photographie d'un artiste célèbre sur les paquets de cigarettes n'est pas une conséquence naturelle de sa condition sociale et de sa notoriété publique. De ce point de vue aussi la personne dont la photographie se trouve sur les paquets de cigarettes ou quelque chose de ce genre, se sentira naturellement troublée; et même ce seul fait est suffisant pour dire que l'usage fait sans son consentement de la photographie d'une personne porte atteinte aux intérêts personnels.

Dans les cas où une firme met seulement des photographies de différentes poses de la même reine de beauté dans les paquets de chocolat de sa fabrication ou en fait usage avec les photographies d'un nombre limité d'autres personnes ou encore lorsque l'usage de la photographie dénote un but commercial évident: dans tous ces cas la conviction peut facilement se former quant à un consentement rémunérateur de l'intéressé.

Par conséquent l'arrêt de la Cour de Cassation turque est erroné dans le cas où seules les photographies d'une reine de beauté, en l'occurrence la demanderesse, sont mises dans les paquets de chocolat ou encore dans le cas où la firme en avait fait usage en même temps que celles d'un nombre limité d'autres personnes. Parce que dans ce cas, contrairement à l'arrêt de la Cour de Cassation, une conviction peut facilement s'établir que la demanderesse, en sa qualité de reine de beauté, a tenté d'avoir une partie de ce profit obtenu de cette façon particulière de publicité. En

outre, cette conviction s'établit plus facilement lorsque les photographies mises dans les paquets ne sont pas invisibles mais au contraire d'emblée reconnaissables de l'extérieur, c'est-à-dire, lorsque le but commercial de la publicité est évident. Cet état porte atteinte à la personnalité de celui dont la photographie est ainsi employée. Par conséquent, il faut admettre que l'arrêt de la Cour de Cassation est erroné aussi dans le cas où les photographies de la reine de beauté qui est la demanderesse, sont mises dans les paquets d'une façon facilement reconnaissable de l'extérieur, c'est-à-dire, dans le seul but d'assurer la vente.

II. LA REPRÉSENTATION LÉGALE DE L'INCAPABLE DE DISCERNEMENT DANS LE PROCÈS DE DIVORCE.

A. LA JURISPRUDENCE.

1. La jurisprudence suisse:

Le Tribunal Fédéral juge que le représentant légal d'un incapable de discernement n'a pas qualité pour intenter une action en divorce au nom du représenté. D'après le Tribunal Fédéral :

Le divorce, comme le mariage, doit être voulu par chaque époux personnellement... Seul l'époux peut, le cas échéant, demander le divorce ou la séparation de corps; en cas d'incapacité de discernement, cette décision est exclue et l'on ne peut jamais admettre avec certitude que l'époux l'aurait prise, s'il avait été capable de discernement... La décision à ce sujet relève de la conscience des époux. Or, dans ce domaine, il ne saurait y avoir de représentation. L'exercice de ce droit est subordonné à la condition que l'époux soit capable de l'intenter personnellement et décidé à le faire³.

Le Tribunal Cantonal de Zurich se rallie ainsi à cette jurisprudence :

Cette jurisprudence tend, d'une part, à respecter autant que possible la volonté des parties quant à la dissolution ou à la continuation de l'union conjugale et, d'autre part, à soustraire cette décision à l'appréciation de tiers⁴.

3) JT. 1942, I, p. 601.

4) M. Jaccard, La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels (Lausanne 1955, thèse), p. 62.

La Cour de justice civile du canton de Genève partage cette opinion et dit que le représentant légal d'un incapable de discernement n'a pas autorité pour intenter une action en divorce au nom de l'incapable. D'après cette Cour :

... L'individu incapable de discernement ne peut actionner son conjoint en divorce... puisqu'il est privé de l'exercice des droits civils (art. 17 CC) et puisque ses actes n'ont pas d'effets juridiques (art. 18 CC). Le tuteur de son côté en raison de la nature du droit discuté se trouve dans une situation dans une certaine mesure analogue à celle de son pupille, sauf qu'il doit défendre les intérêts de celui-ci⁵.

Pour tempérer l'inconvénient qui résulte de cette incapacité du représentant légal de pouvoir intenter une action en divorce au nom de l'incapable, la Cour de Cassation du Tribunal cantonal de Zurich a émis l'opinion qu'il faut être strict pour conclure à l'incapacité de discernement, autrement dit qu'il faut être moins exigeant pour décider de l'existence du pouvoir de discernement⁶. Mais le Tribunal Fédéral, dans un arrêt ultérieur, a décidé qu'une action en divorce ne peut être intentée que si le demandeur "a une capacité de discernement pleine et entière; et pour cela il faut qu'il puisse discerner de façon générale le sens de la dissolution du mariage et juger sainement les motifs de son propre divorce"⁷.

En résumé donc, la conception dominante dans la jurisprudence suisse est qu'une action en divorce ne peut être intentée que par ceux qui sont capables; et que le représentant légal n'a pas qualité pour le faire en place et lieu de l'incapable de discernement.

Cependant le Tribunal Cantonal de Berne dans un arrêt a soutenu une autre opinion :

L'art. 19/2 accorde l'exercice des droits strictement personnels aux mineurs et aux interdits capables de discernement, mais ne refuse nullement au représentant légal de l'incapable d'exercer ces mêmes droits au nom de celui-ci lorsqu'il n'est pas capable de discernement. L'incapable de discernement n'est pas privé de

5) Sem. Jud. 1944, p. 603.

6) Jaccard, op. cit., loc. cit.

7) JT. 1953 I, p. 6.

la jouissance des droits civils et des droits qui lui appartiennent en tant que personne humaine digne de respect et de protection, ne sauraient lui être retirés. Le représentant légal à qui incombe le soin de veiller sur les intérêts personnels de son protégé, peut donc introduire l'action en divorce au nom de celui-ci, afin de protéger de l'atteinte profonde faite à sa personnalité par l'inconduite scandaleuse de sa femme⁸.

La Cour de Cassation turque, dans un arrêt, après avoir relevé que l'action en divorce est un droit de caractère éminemment personnel, l'a reconnu dans certains cas au tuteur de l'incapable de discernement. Dans cet arrêt la Cour se prononce comme suit :

2. La jurisprudence turque :

Quoique le divorce soit un droit strictement personnel, dans les cas où l'un des conjoints a une conduite indigne et vit en concubinage il est juridiquement nécessaire de recevoir l'action en divorce intentée pour ces causes par le tuteur de l'autre conjoint atteint de maladie mentale⁹.

La Cour de Cassation dans un arrêt plus récent a rejeté le recours fait lors d'un procès de divorce contre la représentation de la partie atteinte de maladie mentale. Cependant, il faut relever immédiatement que la Cour de Cassation turque semble accepter la représentation légale des deux parties dans un procès de divorce en énonçant dans cet arrêt: "Quoique le recours fait contre la représentation par le tuteur de la partie atteinte de maladie mentale soit rejeté..."¹⁰; et il faut dire aussi que dans le dit procès il est probable que c'est la partie défenderesse qui était représentée. Il faut souligner que, par le mot "maladie mentale" dont il est question dans les deux arrêts de la Cour de Cassation qui traitent de la représentation légale du mari ou de la femme atteint de la maladie mentale, il faut comprendre, non pas une maladie mentale générale,

8) J. Lador, Des droits strictement personnels (Besançon 1933, thèse), p. 84.

9) 2ème Chambre Civile 3/3/1947, no. 5923/1219 (Kömürçüoğlu - Ergüney, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku - Ankara 1951-, p. 252).

10) 2ème Chambre Civile 27/2/1950, no. 1480/1030 (Kömürçüoğlu - Ergüney, op. cit., p. 252-253).

mais bien une maladie mentale qui supprime le pouvoir de discernement. Parce que, tant que la maladie mentale n'atteint pas pleinement et entièrement le pouvoir de discernement, c'est-à-dire tant qu'une personne atteinte de maladie mentale a la capacité de discernement, elle a le pouvoir d'exercer les droits strictement personnels; par conséquent il ne saurait être question de sa représentation légale dans un procès de divorce. Dans le cas où l'on accepterait de conférer aussi au représentant légal le droit d'intenter une action en divorce on risquerait de se trouver devant une demande de divorce de celui-ci malgré la volonté contraire du véritable titulaire du droit. Il est évident que cette situation est incompatible avec le contenu des droits strictement personnels.

B. RÉFLEXIONS.

I. Généralités :

La demande en divorce étant un droit strictement personnel, le problème à résoudre si le représentant légal peut intenter une action en divorce en lieu et place de l'incapable de discernement, se ramène avant tout à une autre question. Il s'agit de savoir si la représentation légale est permise dans les droits strictement personnels. Selon nous, cette prise de position contre la représentation légale dont la source remonte à une certaine conception qu'on fait des droits strictement personnels n'est pas absolue. De ce point de vue l'article 19/2 du CC se contente de dire que les mineurs et les interdits capables de discernement n'ont pas besoin du consentement de leur représentant légal pour exercer les droits strictement personnels, sans cependant interdire la représentation dans cette catégorie de droits. Il y aura certainement de graves injustices si l'on refuse d'une façon absolue la représentation légale dans l'exercice des droits strictement personnels. En effet, dans le cas où le titulaire du droit est capable de discernement, il n'y a pas d'empêchement à ce qu'il exerce lui-même son droit; de ce fait, l'absence de la représentation légale en la matière n'a pas d'inconvénient; et même cette absence a une certaine utilité, parce qu'elle assure la manifestation directe du désir et de la volonté de l'ayant droit. Par contre, dans le cas où le titulaire du droit est incapable de discernement, cette absence porte atteinte au

principe posé par l'article 11 du CC. Un droit strictement personnel peut devenir sans objet pour son titulaire lorsque celui-ci, incapable de discernement, ne peut l'exercer ni lui-même, ni par l'intermédiaire de son représentant légal, ce qui est contraire aux principes de généralité et d'égalité quant à la capacité de la jouissance des droits déterminés par l'article 11 du CC. Mais il faut souligner d'emblée que n'importe quelle atteinte ne peut suffire pour permettre une représentation légale; pour que l'on puisse accepter, il faut que l'atteinte soit *manifeste*. L'atteinte l'est lorsque l'intérêt de l'incapable de discernement est lésé par suite de cette impossibilité de l'exercice de ses droits strictement personnels par son représentant légal. Autrement dit, l'atteinte l'est lorsque l'intérêt de l'incapable de discernement est lié à l'exercice d'un droit strictement personnel par le représentant légal. A l'article 19/2 du CC il est dit que les mineurs et les interdits capables de discernement peuvent exercer eux-mêmes leurs droits strictement personnels. Ainsi le législateur, en tenant compte du contenu de ces droits, a voulu, dans leur exercice, rendre souverain seulement le désir, la volonté et même le sentiment du titulaire du droit; et cette construction juridique est jugée tout à fait conforme aux intérêts de ce dernier. De ce point de vue, l'exclusion des droits strictement personnels du domaine de la représentation légale se base au fond sur l'idée de sauvegarder les intérêts du titulaire du droit. Par conséquent, il est juste de ne pas accepter la représentation légale lorsque l'incapable de discernement n'a pas d'autre intérêt dans l'exercice de ses droits strictement personnels par le représentant légal. Cet état est tout à fait conforme aux intérêts de l'incapable de discernement et l'atteinte ainsi produite par l'incapacité du représentant légal d'exercer les droits strictement personnels ne choque pas les sentiments de justice. Parce que l'intérêt qui en résulte pour l'incapable de discernement couvre l'atteinte ainsi produite. Le droit de pardon se trouvant aux 3^e alinéas des articles 137 et 138 du CC en est un exemple. Par contre, il faut accepter la représentation légale lorsqu'il est dans l'intérêt de l'incapable de discernement que son droit strictement personnel soit exercé par son représentant légal. Parce que cet intérêt rend manifeste l'atteinte qui résulte de l'incapacité du représentant légal d'exercer les droits strictement personnels de l'incapable de dis-

cernement. Plus exactement dans ce cas, l'intérêt de l'incapable de discernement non seulement n'excuse pas - ainsi qu'il en est dans d'autres cas - l'atteinte résultant de son incapacité de jouissance des droits civils, tout au contraire il transforme cette incapacité en une règle qui choque les sentiments de justice. Il en est ainsi par exemple dans les cas des actions en cessation de trouble, en constatation de droit, en réparation morale qui protègent la personnalité.

En résumé, l'exercice, par le représentant légal, d'un droit strictement personnel ne peut être admis que si, par suite de cette incapacité du représentant légal d'exercer ce droit, son existence devient sans objet pour le titulaire du droit et que cela porte manifestement atteinte à l'article 11 al. 2 du CC.

En dehors de ce cas il n'y a pas place à une représentation légale dans les droits strictement personnels parce qu'ils sont intimement attachés à la personnalité de l'ayant droit et dépendent en grande partie de ses sentiments.

Lorsque nous appliquons les principes que nous venons de définir à l'action en divorce il en résulte que l'incapacité du représentant légal de demander le divorce constitue une atteinte manifeste aux principes d'égalité et de généralité élaborés par le CC et se rapportant à la jouissance des droits civils; il faut donc admettre dans ce cas la représentation légale. Si l'on accepte l'incapacité du représentant légal en la matière de demande en divorce au nom de l'incapable de discernement, l'existence de ce droit que ce dernier a, mais qu'il ne peut exercer à cause de son état, n'a plus de sens pour lui parce qu'il ne peut en jouir. Cela est en contradiction avec l'article 11 al. 2 du CC. Il est sans doute dans l'intérêt d'une personne de faire dissoudre un mariage qui met sa vie, sa réputation et sa renommée en danger, c'est-à-dire un mariage si altéré qu'il ne veut plus sa continuation. Cet intérêt rendant insoutenable l'atteinte, il faut admettre la représentation légale. Cependant tout ce que nous venons de dire est valable dans la mesure où l'incapable de discernement a le droit au divorce. Dans le cas contraire faute de ce droit, le procès intenté par le représentant légal ne sera jamais recevable. C'est pourquoi le juge déclarera irrecevable l'action en divorce intentée par le représentant légal d'un incapable de discernement en se basant sur les articles

141 et 142 du CC, parce qu'au fond il n'existe pas de droit au divorce. Parce que, pour pouvoir dire que la cause de divorce définie dans ces articles s'est réalisée, il faut qu'entres autres la notion d'"insupportable" puisse être appréciée par l'ayant droit. Or l'incapable de discernement ne peut juger si la vie en commun est devenue insupportable pour lui. Il est vrai que dans le cas où l'un des époux aura une conduite déshonorante au sens de l'article 139, se trouve aussi la notion d'"insupportable"; cependant ici il faut admettre que le représentant légal pourra intenter une action en divorce au nom de l'incapable de discernement. Selon nous l'incapacité de discernement n'a pas d'action directe sur la formation de la notion d'"insupportable" de l'article 139 du CC. Parce qu'il faut envisager la notion d'"insupportable" des articles 141 et 142 du point de vue de l'état psychologique du conjoint demandeur alors qu'il faut examiner celle de 139 surtout en fonction des conditions externes. En effet, pour pouvoir dire d'un certain comportement qu'il est déshonorant, il faut qu'il ait suscité d'une façon continue la réaction et la haine du milieu où il se déroule. Il est de l'équité qu'une personne correcte, quelle que soit sa capacité, puisse en tout temps faire dissoudre un mariage qu'elle a fondé avec une autre qui suscite continuellement la réaction de son entourage et attire sa haine. Il est indiscutable que dans ce cas la notion d'"insupportable" se réalise en fonction des conditions externes. Par conséquent, un incapable de discernement a le droit de demander le divorce à cause de la conduite déshonorante de son conjoint lorsque celui-ci est, d'une façon continue, l'objet de la réaction et de la haine de la société.

2. Conclusions sur les jurisprudences suisse et turque:

A propos du pouvoir du représentant légal de l'incapable de discernement d'intenter une action en divorce au nom de ce dernier, ainsi que le relève le Tribunal Cantonal de Zurich, on ne peut accepter la jurisprudence dominante en Suisse qui essaye, d'une part de donner le plus haut degré d'importance aux volontés des conjoints et, d'autre part, d'écarter tout à fait la volonté du tuteur. Il est vrai qu'on peut prétendre, conformément à la jurisprudence du Tribunal Fédéral, que "le mariage est une union conclue pour

toute la vie"¹¹ et qu'il n'est pas juste d'attacher sa dissolution à la volonté d'un tiers. Cependant il est contraire à la technique du droit et aux intérêts des incapables de discernement que ceux-ci ne puissent jamais jouir de la possibilité de divorce admise par le législateur. Il n'est pas juste de ne pas reconnaître au représentant légal le pouvoir d'intenter une action en divorce au nom de l'incapable de discernement en alléguant que le conjoint qui a le droit au divorce pourrait renoncer à ce droit pour diverses causes et que, de ce fait, une action en divorce intentée par le représentant légal irait à l'encontre du désir et de la volonté supposés de l'ayant droit et qu'il est manifeste que la décision du représentant légal, même si elle découle d'un examen minutieux et certain, ne peut remplacer celle du titulaire. Accepter la thèse opposée serait sacrifier les intérêts manifestes des incapables de discernement à quelques hypothèses. Au fond, la cause du refus de la représentation légale dans ce domaine se rapportant à la conscience, plus exactement aux sentiments, est de faire respecter dans la mesure du possible le désir de volonté du titulaire de droit. C'est-à-dire que le refus de la représentation légale dans ces droits se fonde sur les intérêts de l'ayant droit. On ne peut expliquer qu'ainsi cette aversion à la représentation légale dans les droits strictement personnels. Il faut admettre la représentation légale lorsque, dans les problèmes se rapportant à la conscience et aux sentiments, l'intérêt de l'ayant droit exige que son droit soit exercé, parce que, dans ce cas, le refus n'a pas de sens. Aussi la Cour de Cassation du Tribunal Cantonal de Zurich, pour atténuer partiellement la conséquence dangereuse de l'incapacité du représentant légal d'intenter une action en divorce au nom de sa pupille, avait-elle jugé qu'il fallait être particulièrement exigeant pour conclure à l'absence de discernement, autrement dit qu'il fallait être moins exigeant pour reconnaître le pouvoir de discernement. Pour nous, il n'est pas juste de choisir un critère quelque peu arbitraire dans la détermination de la capacité de discernement. On est capable de discernement ou ne l'est pas; c'est un état psychique. Décider de la capacité de discernement de quelqu'un n'est jamais en rapport avec les critères arbitraires qu'on choisira pour conclure à l'absence du pouvoir de discernement. De ce point de vue l'arrêt du Tribunal Fédéral, jugeant qu'il faut avoir le pouvoir de discernement plein et entier pour pouvoir de-

mander le divorce, est satisfaisant. Le Tribunal Cantonal de Berne accepte la représentation des incapables de discernement dans les procès de divorce et ne juge pas que le contenu de cette catégorie de droit constitue un empêchement à cette représentation. En effet, ainsi que nous l'avons dit, ce contenu ne s'oppose pas à la représentation légale. De ce point de vue, l'arrêt cité plus haut de la Cour de justice civile du Canton de Genève est erroné. Cependant, relevons immédiatement que, du principe sur lequel se base le Tribunal Cantonal de Berne, on peut déduire que l'ensemble des droits strictement personnels peut être exercé par le représentant légal.

La Cour de Cassation turque accepte la représentation légale du demandeur incapable de discernement. Cependant des arrêts que nous avons cités plus haut on ne saurait comprendre quels sont les attendus de sa conclusion; et quelles sont les causes de divorce sur lesquelles le représentant légal peut se baser pour intenter son action. Cependant la Cour, ainsi qu'elle le fait apparaître clairement dans le premier de ces arrêts, confère à juste titre le droit d'intenter une action en divorce au représentant légal du conjoint incapable de discernement lorsque l'autre conjoint mène une "vie indigne et illégitime".

III. LES RELATIONS PERSONNELLES ENTRE LES GRANDS-PARENTS ET LEURS PETITS-ENFANTS.

A. LA JURISPRUDENCE.

1. La jurisprudence suisse :

Le Tribunal Fédéral ne reconnaît pas aux grands-parents le droit d'établir des relations personnelles avec leurs petits enfants. D'après le Tribunal Fédéral:

Le Code Civil suisse n'a pas consacré le principe selon lequel les grands-parents auraient un *droit* à entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants ou à obtenir que la garde leur en soit confiée. Ce principe ne peut être tiré ni du texte de la loi, ni de l'interprétation que l'on peut faire de ces textes. La loi n'accorde un droit semblable envers les enfants qu'à leur père et mère...

11) Cf. plus haut note 3.

Mais, bien qu'il existe également entre grands-parents et petits-enfants un lien de parenté étroit, on ne peut pourtant pas parler d'une *lacune* de la loi, lorsque celle-ci n'accorde pas de droit de visite aux grands-parents à côté des parents... Le Code Civil suisse n'a pas cru devoir accorder aux grands-parents, bien qu'ils fussent obligés de fournir des aliments à leurs petits-enfants, un droit d'avoir des relations personnelles avec eux... Le Code Civil suisse a intentionnellement laissé à la *coutume* et aux *usages*, le soin de régler ces rapports...

Du reste, la réglementation légale des relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants conduirait certainement à des inconvénients: en effet, comme il faudrait accorder les mêmes droits aux grands-parents paternels qu'aux grands-parents maternels, si chacun des quatre grands-parents prétendait à un droit de visite sur leurs petits-enfants ceux-ci seraient par trop bousculés entre parents et grands-parents, ce qui pourrait devenir franchement insupportable au cas où l'un ou l'autre des grands-parents viendrait à vivre séparé de son conjoint.

... Ne peuvent (les grands-parents) donc pas invoquer contre l'exercice de ce droit (de la puissance paternelle) l'art. 2 du CCS; en effet, si le refus du défendeur constituait un abus de droit, cet abus existerait non pas à l'égard des demandeurs mais à l'égard de l'enfant lui-même, et c'est l'enfant seul qui pourrait invoquer la protection de l'art. 2. Les demandeurs n'auraient contre cet abus du droit que la possibilité de s'adresser conformément à l'art. 283, aux autorités de tutelle...¹².

Cet arrêt concerne le cas d'un enfant dont la mère est décédée. Les parents de celle-ci, c'est-à-dire les grands-parents, demandent au juge d'établir des rapports personnels avec leur petit-enfant. De l'exposé on déduit que le lien entre l'enfant et les grands-parents est le lien de la parenté légitime.

2. La jurisprudence turque :

La Cour de Cassation turque dans ses différents arrêts admet que les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants. Ces arrêts sont les suivants:

12) JT. 1928 I, p. 194.

1) Bien que la loi ne contienne aucune disposition à cet égard et que la mère exerce sur l'enfant la puissance paternelle, le lien naturel de sang et le lien juridique de succession qui lient le grand-père à son petit-fils rendent irrésistible le désir qu'a celui-là d'entretenir des relations personnelles avec celui-ci. Pour ce, et vu le pouvoir d'appréciation que la loi accorde au juge, ordonne...etc¹³.

2) *Décision du Tribunal civil*: Attendu que l'établissement des relations personnelles entre les grands-parents et l'enfant résulte tout naturellement des principes de justice et d'humanité.

Et vu que la loi ne contient aucune disposition à cet égard, le juge est autorisé à décider selon l'article 1 du CC., ordonne... etc.

Arrêt de la Cour de Cassation : Attendu que le désir du demandeur de visiter ses petits-enfants résulte des liens de sang dont il est impossible de ne pas tenir compte.

Attendu aussi que la loi n'interdit nulle part l'établissement de pareilles relations et que l'appréciation du juge est souveraine en cette matière,

Pour ces motifs confirme...etc¹⁴.

3) Vu le témoignage, vu l'enquête et les attendus du jugement, vu que le demandeur a le droit d'action pour établir des relations personnelles avec son petit-fils, le recours est rejeté et le jugement confirmé...¹⁵.

On ne peut clairement comprendre de ces arrêts, exception faite du second, si le père ou la mère du "petit-enfant", c'est-à-dire l'enfant des grands-parents qui demandent l'établissement des relations personnelles avec leur "petit-enfant", est en vie. Par contre dans le cas tranché par le second arrêt il s'agit d'établir des relations personnelles entre le petits enfants et les grands parents lorsque leur enfant, parent des petits-enfants, est décédé. Ce cas

13) 2ème Chambre Civile 9/3/1944, no. 3144/4361 (F. H. Saymen, Les relations personnelles entre les enfants de parents divorcés et leurs grands-parents - Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, no. 2, p. 474-475).

14) 2ème Chambre Civile 11/12/1947, no. 6134/6501 (Saymen, op. cit., p. 475).

15) 2ème Chambre Civile 2/9/1956, no. 4937/4475 (Kazai İctihat 1956, no. 6, p. 134).

présente quelque analogie avec le cas jugé par le Tribunal Fédéral. Cependant, la Cour de Cassation turque a conclu différemment du Tribunal Fédéral en reconnaissant aux grands-parents le droit qu'ils réclament.

B. RÉFLEXIONS.

1. Généralités :

D'après nous, on peut interpréter comme une lacune du Code civil l'absence d'une règle déterminant les relations personnelles entre les grands-parents et leur petit-enfant lorsque le père ou la mère de celui-ci ou tous les deux sont décédés ou déclarés absents et que la demande est faite par les parents de la partie ou des parties décédées ou déclarées absentes, c'est-à-dire par les grands-parents et qu'il y a un lien de parenté légitime entre eux et l'enfant. Parce que dans ce cas une raison sérieuse nous permet de conclure qu'il y a une lacune de la loi. Comme on le sait l'article 264 du CC ne permet l'adoption que si l'adoptant n'a pas de descendant légitime. Il faut chercher la cause de cette réglementation d'une part dans le souci de protéger les intérêts des petits-enfants légitimes, d'autre part dans l'idée qu'une personne dont le petit-enfant légitime est en vie peut satisfaire son amour pour un enfant et son désir d'en avoir un. Lorsqu'on étudie de près cette dernière cause on constate que le législateur suppose que l'amour d'une personne pour son enfant légitime peut être satisfait, après le décès ou la déclaration d'absence de celui-ci, par son ou ses petits-enfants, autrement dit par les descendants légitimes de son enfant. D'après cette hypothèse, après avoir perdu leur enfant légitime les grands-parents porteront toute l'affection qu'ils avaient pour lui sur ses enfants, c'est-à-dire sur leurs petits-enfants et satisferont ainsi leur sentiment. Seulement, pour pouvoir dire que le désir d'avoir un enfant est satisfait, il faut qu'il y ait au moins un minimum de relation personnelle entre cette personne et l'enfant et il faut par conséquent lui reconnaître le droit de demander l'établissement de cette relation personnelle. Si le législateur avait pu envisager ce cas d'une personne qui veut avoir des relations personnelles avec l'enfant de son enfant décédé ou déclaré absent, c'est-à-dire avec son petit-enfant, il aurait sans doute, pour ne pas se contredire, légiféré conformément à l'esprit de l'article 264 du CC. C'est-à-dire

qu'il aurait élaboré un article qui conférerait aux grands-parents le droit de demander au juge d'établir des relations personnelles entre eux et leur petit-enfant légitime. Ainsi que l'on voit, on doit donc interpréter comme une lacune de la loi cette absence d'une telle disposition dans le Code Civil. On ne peut prétendre qu'une telle disposition est inutile vu que les grands-parents ont la possibilité de demander au juge de prendre des mesures nécessaires conformément aux articles 283 et suivants du CC contre le père ou la mère qui ne leur donne pas le moyen d'avoir des relations personnelles avec leur petit-enfant légitime descendant de leur enfant légitime décédé ou déclaré absent. Parce que le juge en prenant des mesures conformément à ces articles envisage seulement les intérêts de l'enfant. Tandis que l'esprit de l'article 264 exige qu'il soit tenu compte aussi des intérêts d'une personne dans la réglementation de ses relations personnelles avec son petit-enfant légitime descendant de son enfant décédé ou déclaré absent. Cela ne peut être que par la reconnaissance de ce droit à cette personne. Cependant, il faut relever que cette lacune de la loi ne peut être comblée par le droit coutumier à défaut d'une coutume conférant à une personne le droit de demander au juge d'établir des relations personnelles avec son petit enfant. Aussi le juge doit-il combler cette lacune en sa qualité de législateur que lui reconnaît l'article 1 du CC. En faisant acte de législateur en cette matière le juge est obligé surtout de respecter l'esprit de l'article 264 du CC. Parce qu'il ne peut par principe établir une règle de conduite portant atteinte à la lettre et à l'esprit du droit positif. Par conséquent la lacune sera comblée dans le sens d'une règle conférant le droit de demander d'établir des relations personnelles entre une personne et son petit-enfant légitime né de son enfant décédé ou déclaré absent. L'esprit de la loi exige que cette lacune soit comblée ainsi.

Il n'y a pas de doute que la solution que nous venons d'admettre est aussi équitable qu'elle est conforme aux sentiments humains. Et il n'est pas probable qu'elle engendre certains inconvénients pour l'enfant. Parce qu'ici aussi le juge prendra en considération les intérêts de l'enfant à côté de ceux des grands-parents ainsi qu'il le fait en cas de divorce lorsqu'il reconnaît à l'un des conjoints le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant confié à l'autre conjoint, et il se déterminera suivant cette

appréciation. Ce droit des parents d'entretenir des relations personnelles avec leur enfant pouvant être perdu dans des cas exceptionnels et lorsque les intérêts des enfants le rendent nécessaire, le juge a fortiori refusera cette demande des grands-parents lorsque les intérêts de l'enfant l'exigent.

De cette explication il apparaît que l'argument que nous avons tiré de l'article 264 du CC nous permet de dire qu'il faut admettre la lacune de la loi en cette matière seulement dans le cas où une personne demande le droit d'établir des relations personnelles avec l'enfant légitime de son enfant légitime décédé ou déclaré absent et qu'il faut combler cette lacune en faveur des grands-parents. Par contre il n'y a pas de raison sérieuse pour conclure à une lacune de la loi lorsqu'il s'agit d'établir des relations personnelles entre une personne et l'enfant né hors mariage de son enfant décédé ou déclaré absent. Par conséquent, les grands-parents n'ont pas le droit de demander d'établir des relations personnelles avec leur petit-enfant né hors mariage: seulement ils peuvent demander au juge de prendre des mesures nécessaires conformément aux articles 283 et ss. du CC contre le tuteur ou les parents qui empêchent ces relations. Il en est de même lorsqu'il s'agit pour une personne d'établir des relations personnelles avec les descendants de son enfant adoptif décédé ou déclaré absent.

Nous ne pouvons pas partager l'opinion du Tribunal Fédéral dans le cas que nous avons relaté. Selon nous, l'absence dans la loi d'une règle permettant d'établir des relations personnelles entre les grands-parents et les petits-enfants doit être interprétée comme une lacune de la loi qu'il faut combler, lorsque le père ou le mère de l'enfant ou tous les deux sont décédés ou déclarés absents et que la demande provient de la part des parents du "décédé" ou du "déclaré absent", attachés à l'enfant par les liens de la parenté légitime, c'est-à-dire de la part des grands-parents de l'enfant. Parce que dans ce cas il y a une raison sérieuse permettant de conclure à une lacune de la loi. Faute d'un droit coutumier en la matière, le juge se prévalant de son droit d'établir la règle en édictera une conformément à l'esprit de la loi c'est-à-dire conférant à une personne le droit de demander d'établir des relations personnelles avec l'enfant légitime de son enfant légitime décédé ou déclaré absent.

2. Conclusions sur les jurisprudences suisse et turque :

Ce n'est pas une solution satisfaisante de se contenter du droit qu'ont les parents du conjoint décédé de demander au juge de prendre des mesures nécessaires en application de l'article 283 et ss. du CC, lorsque le conjoint survivant abusant de sa puissance paternelle empêchera les parents du de cujus de voir leur petit-enfant. Ainsi qu'on le sait le juge en appliquant ces articles prendra seulement en considération les intérêts de l'enfant. Tandis que l'esprit de l'article 264 du CC exige qu'il soit aussi tenu compte des intérêts des grands-parents en même temps que ceux du petit-enfant. En effet suivant l'esprit de cet article les grands-parents essayeront de satisfaire leur amour pour un enfant légitime, leur désir d'en avoir un en portant toute leur affection sur l'enfant légitime de leur enfant décédé ou déclaré absent. De ce fait il est juste et équitable qu'il soit tenu compte aussi de leurs intérêts dans la réglementation de leurs relations personnelles avec leur petit-enfant.

Nous pouvons dire que la jurisprudence turque est satisfaisante si l'on retient que dans les conflits tranchés par ces arrêts c'étaient des grands-parents qui demandaient l'établissement des relations personnelles entre eux et leur petit-enfant légitime, l'enfant de leur enfant décédé ou déclaré absent. Parce qu'ainsi que nous l'avons soutenu une personne dans ces conditions a le droit de le demander au juge. Cependant il faut noter que dans ces arrêts on ne trouve pas les arguments qui ont permis à la Cour d'interpréter comme une lacune de la loi cette absence d'une règle se rapportant à l'établissement des relations personnelles entre les grands-parents et leur petit-enfant; et il faut dire aussi que la règle élaborée par ces arrêts qui confère ce droit ne se fonde pas sur des arguments solides. L'établissement de ces rapports ne s'appuie sur aucun argument dans le troisième de ces arrêts; par contre dans le premier il trouve sa ratio legis dans "le lien naturel de sang et dans le lien juridique de succession", dans le second dans "des liens de sang dont il est impossible de ne pas tenir compte". Ces points de vue de la Cour de Cassation sont d'ordre tout à fait généraux; et surtout "les liens de sang" étant toujours les mêmes entre les grands-parents et leur petit-enfant légitime il faut admettre suivant les

arguments de la Cour de Cassation que les grands-parents auront ce droit même dans le cas où le petit-enfant se trouve sous la puissance paternelle de ses parents. Il est manifeste que cette conclusion est excessive et porte atteinte à l'unité de la famille telle qu'elle est conçue par le CC.

Traduit par
Ass. Dr. Orhan ALDIKAÇTI
