

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE DROIT PRIVÉ EN TURQUIE

par

Dr. Tahsin Bekir BALTA

Professeur à l'Université d'Ankara

SOMMAIRE

LES MATIÈRES ADMINISTRATIVES SOUMISES AU DROIT PRIVÉ

I — OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR LA SÉPARATION DES DOMAINES RESPECTIFS DU DROIT ADMINISTRATIF ET DU DROIT PRIVÉ EN MATIÈRES ADMINISTRATIVES.

A) Effets de la distinction du point de vue de la compétence
juridictionnelle — B) Effets de la distinction du point de vue du
traitement juridique des relations entre l'administration et les
administrés — C) Effets de la distinction quant au mode de sé-
paration — D) Champ d'application du droit privé en matière
administrative — E) Ingérence du droit administratif dans les
relations de droit privé de l'administration.

II — LA SITUATION JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES PUBLIQUES ET LE DROIT PRIVÉ.

1) La notion de personne morale publique — 2) L'état de dévelop-
pement — 3) Les principaux types de personnes morales publiques
et leurs domaines juridiques — 4) Les personnes morales de
droit public et le droit privé — 5) La portée d'application du
droit privé aux personnes morales publiques à lui soumises.

III — LE PERSONNEL PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ.

1) Les diverses catégories et leurs régimes juridiques — 2) Le
régime des fonctionnaires publics — 3) La responsabilité civile
du personnel public.

IV — LES BIENS PUBLICS ET LE DROIT PRIVÉ.

1) Les classifications en cours — 2) Le régime des biens publics

— 3) Les biens à usage commun — 4) Les biens de service —
5) Les objets d'art et d'antiquité — 6) Le contrôle des ressources
naturelles.

V. — LES MARCHÉS DE L'ADMINISTRATION.

1) Leur soumission principielle au droit privé — 2) L'effet des
circonstances exceptionnelles sur les contrats existants.

VI — LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE DROIT PRIVÉ.

1) Le régime juridique — 2) Les difficultés des distinctions.

ANNEXES

NOTE INTRODUCTIVE

Une grande partie des activités administratives de l'Etat se déroule dans le domaine de droit privé. Par ailleurs, l'Etat ne peut pas se dispenser entièrement de ses prérogatives dans de pareilles activités aussi; il en résulte des formes mixtes, qu'il est d'intérêt mutuel de comparer avec les solutions suisses. Par conséquent nous tenons à donner des informations quelque peu détaillées sur les cas typiques d'application du droit privé en matières administratives.

Abbréviations

| | |
|-------|---|
| RCE | Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat turc. |
| RO | Recueil Officiel des Lois, etc (Düstur) |
| CCS | Code Civil suisse |
| CCT | Code Civil turc |
| COS | Code des Obligations suisse |
| COT | Code des Obligations turc |
| LPDFS | Loi suisse de poursuite pour dette et faillite |
| LPDFT | Loi turque de poursuite pour dette et faillite. |

LES MATIÈRES ADMINISTRATIVES SOUMISES AU DROIT PRIVE

I) OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR LA SÉPARATION DES DOMAINES RESPECTIFS DU DROIT ADMINISTRATIF ET DU DROIT PRIVÉ EN MATIÈRES ADMINISTRATIVES:

En Turquie comme ailleurs, l'administration publique n'est pas soumise seulement au droit administratif. Une assez large partie en est régie par les diverses branches du droit privé. La distinction entre droit public et droit privé étant l'un des principes de base du système juridique turc, à l'instar des systèmes juridiques de l'Europe continentale dont il fait partie, la séparation du champ d'application du droit privé de celui du droit administratif dans le domaine de l'administration publique entraîne d'importantes conséquences, sur lesquelles nous tenons à fournir quelques renseignements dès le début.

A) Effets de la distinction du point de vue de la compétence juridictionnelle.

a) Dualité de juridictions :

En Turquie, à la différence de la Suisse, l'administration publique est soumise à un contrôle juridictionnel très large. Ce contrôle est confié, en ce qui concerne les matières administratives justiciables du droit administratif, à la juridiction administrative qui est un ordre séparé. Basée sur la Constitution de 1924 (art. 51 en vigueur depuis 1927), cette juridiction est calquée sur le modèle français d'avant 1953. A sa tête se trouve le Conseil d'Etat dont les membres sont choisis par le Parlement. Il agit comme juge de cassation à l'égard des tribunaux administratifs subalternes. Il est aussi premier et dernier juge dans les litiges administratifs qui ne relèvent pas d'une autre instance juridictionnelle*.

Les litiges entre l'administration et les administrés relativement aux matières justiciables du droit administratif rentrent dans la compétence de la juridiction administrative, sauf les cas attribués

(*) V. Loi No. 3546 du 21.12.1938, sur le Conseil d'Etat mod. par le loi No. 9404 du 27.5.1946, dans ces ANNALES, No. 1. p. 229.

par la loi aux tribunaux judiciaires. La compétence de l'ordre judiciaire se limite donc dans les matières administratives aux cas où celles-ci sont régies par le droit privé.

Parmi les matières justiciables du droit administratif, celles que la loi défère à la compétence des tribunaux judiciaires sont assez limitées: ce sont par exemple les litiges relatifs aux indemnités d'expropriation et de réquisition.

Par ailleurs, les tribunaux judiciaires sont plutôt enclins à appliquer le droit privé aux matières administratives. De sorte que les sphères de compétence des ordres juridictionnels coïncident le plus souvent avec les domaines respectifs des deux secteurs du droit.

Signalons que l'influence du régime juridique de l'objet du litige sur la compétence juridictionnelle ne se limite pas à la question principale; cette influence s'étend aussi à la question préjudicielle dans la mesure où la juridiction compétente pour le principal doit attendre, le cas échéant, la décision du juge de la question préjudicielle (*Annexe 1*).

C'est donc le régime de la dualité de juridictions qui est admis en Turquie pour les matières administratives. Cette dualité donne lieu assez souvent à des conflits de compétence et de jugement dont le règlement se trouve être confié à un Tribunal des Conflits à l'égal de la pratique française*.

Le Tribunal des Conflits est, en Turquie, composé paritairement de membres désignés en leur sein, par le Conseil d'Etat et par la Cour de Cassation. La présidence en est assurée alternativement et pour une année, par le Président de l'une ou de l'autre de ces Hautes Assemblées. Chaque membre persistant en général dans le point de vue de sa juridiction, le changement de président entraîne assez souvent un revirement de la jurisprudence, et est par là même une cause d'instabilité juridique.

b) Les traits caractéristiques de la juridiction administrative:

La juridiction administrative s'est justifiée en Turquie en permettant de soumettre l'administration publique à un contrôle

(*) Voir Loi No. 4788, du 9.7.1945 sur le Tribunal des Conflits dans ces ANNALES No .2, p.p. 495 sv.

juridictionnel très large. Celui-ci s'étend jusqu'au domaine des pouvoirs discrétionnaires de l'administration. En outre, la voie du recours contentieux a été ouverte pour la protection d'intérêts légitimes ou de droits subjectifs lorsqu'il a été porté atteinte à ces droits ou intérêts du fait d'un acte dommageable ou d'une abstention abusive de l'administration. Cette voie n'est interdite que dans les cas expressément spécifiés par la loi. La théorie des actes de gouvernement du système français ne s'est pas développée en Turquie. Le contrôle juridictionnel n'a donc pas été limité à cet égard, si l'on fait abstraction de quelques anciens arrêts du Conseil d'Etat. La doctrine turque est défavorable à une telle théorie¹.

Le contentieux administratif offre aux justiciables des avantages très importants. Tout d'abord, les formalités pour l'introduction des recours sont très simplifiées. Ensuite, le Conseil d'Etat étant lié seulement par le but du recours est habilité à en établir lui-même les motifs de droit et de fait, à procéder d'office à la constatation des faits, à obliger l'administration à produire les documents de la cause.

Le contentieux administratif, tel qu'il est pratiqué par le Conseil d'Etat, comporte aussi de lourds inconvénients. Le principal en est la brièveté du délai de recours. En effet, les recours doivent être introduits, sauf les exceptions légales, dans les 90 jours à partir de la promulgation, de la communication, de la prise de connaissance des actes administratifs, ou, selon la jurisprudence excessive du Conseil d'Etat, des faits administratifs eux-mêmes. Ce court délai s'applique aussi au recours en indemnité par suite des actes illégitimes de l'administration, dès lors qu'ils rentrent dans les domaines du droit et de la juridiction administratifs.

c) Le refus d'utilisation de l'analogie par le Conseil d'Etat turc :

On admet généralement que les différences de nature entre le droit public et le droit privé interdisent l'emploi de l'analogie d'un domaine à l'autre lorsqu'il y a lieu de suppléer aux lacunes des textes. Pourtant le Conseil d'Etat turc a exagéré cette inter-

1) Sur ce problème voir *İsmet Giritli : Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları (Actes de Gouvernement en Turquie et à l'étranger) (1958)*.

diction en paraissant refuser de prendre en considération parmi les solutions du Code Civil aussi celles qui se ramènent aux principes généraux du droit, embrassant également les sphères du droit public (*Annexe 2*).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat en Turquie n'est pas en général favorable à l'utilisation de la méthode analogique, même dans le cadre du droit public (*Annexe 3*). Ainsi, refuse-t-il souvent, sinon toujours, d'emprunter pour le contentieux administratif des solutions au Code de Procédure civile (*Annexe 4*) qui est considéré par l'opinion dominante comme faisant partie du droit public².

Le point de vue négatif du Conseil d'Etat concernant l'utilisation par analogie des solutions des codes du droit civil et de procédure civile, même là où elles sont l'émanation des principes généraux du droit, n'est cependant pas partagé par le Tribunal des Conflits. Celui-ci a affirmé avec raison à l'occasion d'une espèce³ que le Conseil d'Etat devrait tenir compte des solutions desdits codes, dans la mesure où elles sont dominées par les principes généraux du droit".

L'attitude négative du Conseil d'Etat à cet égard pourrait peut-être s'expliquer, comme l'a remarqué le Tribunal des Conflits dans l'espèce en cause, par la considération que lesdits codes sont destinés aux rapports entre particuliers, l'un régissant la substance de ces rapports, l'autre les litiges qui en découlent. Cette attitude du Conseil d'Etat turc a des conséquences peu satisfaisantes dans les cas -et ils ne sont pas rares- où la Haute juridiction administrative ne croit pas devoir chercher sans analogie une solution convenable. Par ailleurs, une telle attitude est en contradiction avec l'usage fait par le Conseil d'Etat, dans le cas où il faut combler les lacunes très fréquentes de textes dans le domaine du droit administratif, des principes généraux du droit -principes que sa terminologie qualifie de principes de justice et d'équité. Précisons toutefois que la lecture de ses arrêts donne inmanquablement l'im-

2) Voir Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usûlleri* (Droit de Procédure civile), éd. 1957, p. 4 et s.; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları* (Principes généraux du droit de procédure civile) (1952), p. 3 et s.

3) Cité infra *Annexe 3*.

pression que la Haute Assemblée s'inspire souvent, mais sans le dire, des textes généraux existants, y compris les codes ci-dessus mentionnés.

B) Effets de la distinction du point de vue du traitement juridique des relations entre l'administration et les administrés.

Si l'on excepte la catégorie des contrats, les relations entre les administrés et l'administration dans le domaine du droit administratif naissent de la volonté unilatérale de celle-ci. Même dans les cas où en fait le consentement des administrés est nécessaire, le droit administratif considère la volonté de l'administration comme étant supérieure et décisive. Dans le même domaine le contenu de ces relations est au surplus défini par les lois et par les règlements administratifs eux-mêmes. Par contre, en soumettant au droit privé les relations entre l'administration et les administrés, on est conduit à appliquer le principe de l'autonomie de la volonté qui domine le droit privé. De pareilles relations deviennent alors l'objet de contrats par lesquels on peut disposer librement. Par exemple, la nomination des fonctionnaires étant soumise au droit administratif, est un acte unilatéral de l'administration.

Les relations entre l'Etat et les fonctionnaires sont déterminées par la législation. Par contre, le statut des employés des entreprises publiques relevant, en Turquie, du droit privé est considéré comme un contrat fondé sur l'autonomie de la volonté des parties. En résumé, les rapports entre l'administration et les administrés, soumis au droit administratif, sont en principe réglementaires, leur contenu étant défini par la législation de contrat administratif en est l'exception. Par contre, ses rapports de droit privé sont volontaires, en ce sens que la réglementation de leur contenu est laissée en principe à la libre disposition des parties.

Notons toutefois qu'une partie influente de la doctrine turque⁴ utilise pour marquer les différents types de rapports administratifs une autre classification, suivant en cela l'école de Duguit⁵.

4) S. S. Onar : *İdare Hukukunun umumi esasları* (Principes généraux du droit administratif (1952) p. 226 et ss. p. 346 et ss.

5) Voir l'exposé récent de Laubadère : *Traité élémentaire du droit administratif*, 2ème édition (1957) p. 17 et ss.

Préférant le terme de situation juridique, elle divise les situations administratives en trois types, à savoir : les situations générales et impersonnelles, les situations individuelles ou subjectives, enfin celles mixtes. Elle qualifie les actes correspondants d'actes conditions, actes subjectifs et actes mixtes. Pourtant, la classification précédente paraît plus proche, soit de la nature des rapports administratifs, soit de la frontière qui divise en matières administratives les deux domaines du droit.

Cependant, signalons dès maintenant, pour y revenir bientôt (infra 5) que la liberté de l'administration en Turquie dans la formation de ses rapports de droit privé est largement limitée par la législation. Il s'ensuit que la différence entre les rapports réglementaires et volontaires est assez relative dans les matières administratives.

C) Effets de la distinction quant au mode de séparation :

a) *Définitions législatives :*

Parfois la loi elle-même définit le régime juridique d'une matière administrative. Ainsi les entreprises publiques gérées par les établissements jouissant de la personnalité juridique sont expressément soumises au droit privé par la loi. C'est le cas aussi pour les institutions sociales, telles que la Caisse des Pensions, l'Institution des Assurances Ouvrières ainsi que les Bureaux de placement d'une part et, d'autre part, les Institutions scientifiques telles que l'Institut de Recherches Minéralogiques et la Direction Générale des Etudes d'Electrification. Mais la définition légale ne se limite pas au cas où il s'agit d'appliquer le droit privé. Parfois, il faut se référer au droit administratif. Comme on le sait, le Code Civil et le Code des Obligations eux-mêmes y renvoient.

b) *Indices législatifs :*

Les matières administratives dont le régime juridique est expressément défini par la loi sont assez limitées. Dans la plupart des cas, la jurisprudence a donc la tâche de découvrir elle-même les solutions. Dans cette recherche, elle utilise divers indices. Ainsi, déduit-elle souvent du fait qu'une matière donnée fait l'objet d'une

loi propre à l'administration son appartenance au droit administratif, sans en spécifier la raison. D'autre part, la disposition légale attribuant une matière administrative à la compétence judiciaire est considérée dans la plupart des cas comme impliquant aussi sa soumission au droit privé, car la soumission d'une pareille matière au droit privé et son attribution à la compétence judiciaire et vice-versa vont généralement de pair, comme nous l'avons souligné plus haut (*supra* 1a).

D) Critères généraux.

Faute de dispositions expresses ou indicatives de la part de la loi, le Tribunal des Conflits utilise certains concepts généraux empruntés au système français, tels que l'acte ou l'action administratifs ou le service public. Ces deux concepts alternent et parfois même figurent côte à côte dans ses arrêts. Occasionnellement, il s'est même servi de l'ancienne distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion du système français⁶, qu'il a d'ailleurs expressement abandonné par la suite⁷. Ce sont donc les deux concepts de service public et d'acte ou action administratifs qu'il utilise généralement. Il en a fait usage jusqu'à présent pour motiver l'application du droit administratif et, corrolairement, la compétence de la juridiction administrative. Il paraît donc assumer la correspondance entre lesdits concepts et le régime du droit et la juridiction administrative à l'instar de ce que souhaitent certains auteurs français⁸. Or ni l'un, ni l'autre de ces deux concepts ne possèdent de sens précis et ils ne peuvent l'obtenir que conventionnellement. Par conséquent, aucun d'eux ne se prête à servir de critère pour distinguer le régime juridique des relations entre l'administration et les administrés. En fait, à la lecture des arrêts, de la Haute juridiction, on a l'impression que celle-ci utilise lesdits concepts pour exprimer la solution retenue plutôt que pour l'atteindre.

Par ailleurs, la notion juridique de service public dépasse le domaine de l'administration publique. Même dans le cadre de celle-ci, elle est prise, soit par la jurisprudence en dehors du Tribunal

6) RO t. 29 p. 1316; t. 30 p. 950, 1015 (décisions d'avant 1950).

7) RO t. 30 p. 1512.

8) Voir Laubadère op. c. p. 510 et s.

des Conflits, soit par la doctrine et l'usage commun, en un sens très large qui embrasse tout service d'intérêt général, géré ou contrôlé par les organismes publics, y compris ceux qui sont soumis au droit privé et ceux dont l'objet ne consiste pas en une prestation. D'autre part, elle est employée en Turquie aussi au double sens matériel et fonctionnel. Ainsi, les services économiques d'intérêt général, tels que la distribution de l'eau, de gaz ou d'électricité, sont considérés en Turquie aussi comme des services publics, bien qu'ils soient régis en principe par le droit privé, même lorsqu'ils se trouvent dans les mains d'un organisme privé⁹. Pourtant la jurisprudence du Conseil d'Etat déduit à juste titre du caractère public d'un service, même iusticiable du droit privé, sa sujétion à certains principes généraux du droit administratif, tel que celui qui prescrit l'égalité des intéressés devant le service public.

Eu résumé, la notion de service public joue en Turquie un rôle important à l'instar du système français où elle continue d'être l'une des notions fondamentales du droit administratif, bien qu'elle soit entourée d'incertitudes comme l'ont montré les récents travaux de la doctrine française.

E) Tendances divergentes au sein du Tribunal des Conflits :

En Turquie, le Conseil d'Etat d'un côté, la Cour de Cassation de l'autre, montrent des tendances divergentes en ce qui concerne la délimitation du domaine du droit et de la juridiction administratifs. Tandis que la Cour de Cassation montre une tendance plutôt restrictive, le Conseil d'Etat s'attache à une conception extensive. Ajoutons qu'une opinion représentée au sein du Conseil d'Etat, surtout par M. le Premier Commissaire du Gouvernement, va même jusqu'à soutenir que l'article 51 de la Constitution turque, qui vise la création du Conseil d'Etat et lui attribue "l'examen et la décision des procès et conflits administratifs", excluerait toute compétence judiciaire en matière administrative. De telles divergences entre les vues publicistes du Conseil d'Etat et les tendances privatistes de la Cour de Cassation se font jour dans les délibérations du Tri-

9) Voir par ex. l'arrêt d'unification de la Cour de Cassation infra Annexe 5.

bunal des Conflits du fait que les membres de celui-ci procèdent des deux instances. Comme la présidence en est exercée à tour de rôle par le président de l'une ou de l'autre des deux Hautes Assemblées et comme le Tribunal ne croit pas devoir persister dans l'opinion qu'il a une fois exprimée, il en résulte des variations déplorablement dans sa jurisprudence. Nous aurons l'occasion d'en citer des exemples dans la suite de notre exposé. Signalons toutefois que cette jurisprudence s'est stabilisée au cours des récentes années dans le sens des tendances de la Cour de Cassation, du fait que le président de la Cour de Cassation continue de présider le Tribunal des Conflits, le poste du Président titulaire — lequel seul est habilité à présider ledit tribunal — se trouvant vacant depuis plusieurs années.

F) Les vues doctrinales :

Les critères servant à délimiter le domaine du droit administratif, plus généralement celui du droit public, et le champ d'application du droit privé n'ont pas fait l'objet d'une étude approfondie par la doctrine turque. La majorité des auteurs qui croient utiliser un concept général mettent volontiers l'accent sur la nature des relations entre l'État et les gouvernés¹⁰ et admettent l'application du droit public lorsque l'État apparaît en sa qualité de puissance publique et celle du droit privé lorsqu'il agit dans des conditions qui en font l'égal des particuliers. Pourtant de pareils critères ne sont pas clairs et ne suffisent pas pour délimiter, dans le système turc, les domaines respectifs des droits en cause. Cette délimitation est facilitée plutôt par la considération des données concrètes que par l'utilisation de concepts généraux.

G) Champ d'application du droit privé en matière administrative :

Quitte à préciser plus loin, signalons dès maintenant qu'une assez large part des matières administratives est soumise, en Turquie, au droit privé. Par exemple, la gestion des entreprises pu-

10) H. V. Velidedeoğlu, *Türk medenî hukukunun umumi esasları* (Principes généraux du droit civil turc) I 5. ed. (1956) p. 31, K. Birsen, *Medenî Hukuk dersleri* (Cours de droit civil) 4. ed. (1958) p. 23 et s.; F. H. Saymen, *Türk medenî hukuku* (Le droit civil turc I 2. ed. (1956) p. 16 et s.

bliques ou les marchés d'administration sont régis en principe par le droit privé; le personnel public, les biens de l'administration sont partiellement justiciables du droit privé.

H) Ingérence du droit administratif dans les relations du droit privé de l'administration :

Les règles du droit administratif s'appliquent assez souvent dans les matières administratives réservées au droit privé. Nous pouvons distinguer deux hypothèses : premièrement, certaines matières en principe soumises au droit privé, sont partiellement régies par le droit administratif. C'est le cas, par exemple, de tous les services publics à caractère économique mentionnés ci-dessus (2 a). Depuis quelques années, le Conseil d'Etat a maintenu une jurisprudence qui considère la juridiction administrative comme partiellement compétente. Ce point de vue étant partagé par le Tribunal des Conflits, nous nous trouvons devant un cas de compétence mixte où les attributions de chaque ordre de tribunaux sont malaisément délimitées. En second lieu, les principes du droit administratif obligent l'administration à agir objectivement et selon les règles préétablies, même lorsque ses relations avec les administrés sont fondées sur le droit privé. Ces règles se trouvent être souvent édictées par les textes administratifs qui, d'ordinaire, servent comme source du droit. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine¹⁾ met en question la nature contractuelle des rapports entre les services publics à caractère économique et leurs bénéficiaires. Elle va même jusqu'à douter de l'opportunité d'assujettir de tels rapports au droit privé. Mais elle ne rejette pas catégoriquement la solution admise par la jurisprudence. En effet, dans la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, ces rapports sont qualifiés de contrats d'adhésion de droit privé (*Annexe 5*).

II) LA SITUATION JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES PUBLIQUES ET LE DROIT PRIVÉ.

1) La notion de personne morale publique :

Le terme "personne morale publique" est, en Turquie, une

11) S. S. Onar, op. c. p. 383 et s., 766.

expression juridique, utilisée surtout par la doctrine du droit administratif. Pourtant elle se rencontre aussi dans les textes légaux¹². L'adjectif "public" marquant la connection plutôt que le régime juridique, l'expression signifie donc les personnes morales appartenant à la communauté nationale, locale ou professionnelle. Pourtant sa portée n'est pas déterminée avec précision. Elle est fixée suivant les cas. Compte tenu du but de notre exposé, nous employons l'expression dans un sens large. Telle qu'elle est entendue ici, elle embrasse, outre les personnes morales étatiques, à savoir celles qui appartiennent totalement à l'Etat au sens large du mot, aussi d'autres personnes morales; les sociétés mixtes et les ordres professionnels de caractère public.

2) L'état de développement :

Il s'agit d'un domaine où les développements ultérieurs ont produit des formes nouvelles inconnues non seulement à l'époque de l'élaboration du Code civil en Suisse, mais même au temps de sa réception en Turquie. Surtout les personnes morales étatiques sont très nombreuses, et ont des formes variées. Car la personnalité morale est considérée comme un élément constitutif de la décentralisation administrative. Or l'Etat turc qui est, comme on le sait, un état unitaire, fait une grande place au procédé de ladite décentralisation, sous ses deux aspects, c'est à dire aussi bien territorialement que par service. Surtout cette dernière forme de décentralisation a eu un essor considérable sous le régime républicain et a donné lieu à la création d'une multitude d'organismes jouissant de la personnalité morale et comportant diverses formes. En effet, au fur et à mesure que l'Etat a élargi son activité dans les domaines culturel, social et économique, et a créé des entreprises nouvelles, il les a confiées à de pareils organismes. Précisons que la décentralisation par service ne se limite pas à l'administration générale. Elle est pratiquée aussi à l'intérieur des collectivités locales. La matière mérite donc une considération plutôt détaillée.

12) Voir par ex. l'art. 30 de la loi sur l'expropriation (1956); l'art. 18 du nouveau Code de Commerce (1956).

3) Les principaux types de personnes morales publiques et leurs domaines juridiques :

a) *Mode de classification :*

Dans la doctrine turque, divers modes sous différents aspects sont tentés pour classer les personnes morales publiques¹³. Il nous paraît convenable de faire une classification structurelle d'où se dégagent quatre types principaux qui sont : les collectivités publiques, les établissements publics, les sociétés mixtes et les ordres professionnels. Les deux premiers correspondent aux deux espèces de décentralisation mentionnées ci-dessus.

b) *La répartition du point de vue du domaine juridique :*

En Turquie aussi le droit administratif, plus généralement le droit public, régit seulement une partie des personnes morales publiques. Certaines d'entre elles sont soumises principalement au droit privé. Il en résulte, au point de vue du domaine juridique, deux catégories principales, à savoir les personnes morales de droit administratif, plus généralement de droit public et celles de droit privé. La soumission d'une personne morale à l'un de ces domaines juridiques n'embrasse principalement que son statut, y compris sa relations avec le personnel et son fonctionnement intérieur. Elle n'entraîne pas nécessairement la soumission de ses activités vers l'extérieur, c'est à dire vis à vis des administrés, au même domaine juridique. Le domaine de celles-ci se détermine en principe suivant leur propre nature. Pourtant il existe généralement une coïncidence entre le domaine juridique du statut d'une personne morale publique et celui de ses fonctions principales. Par conséquent, le domaine de l'une sert comme une espèce d'indice pour le domaine de l'autre (V. infra C). Toutefois, il y a des cas faisant exception. Ainsi, la Caisse des Pensions qui est soumise au régime du droit privé malgré que sa tâche principale qui est de gérer les affaires concernant la pension du personnel public, soit soumise au droit et à la juridiction administratifs.

13) Voir S. S. Onar, op. c. 692 et ss., F. H. Saymen : Medeni hukukumuzda hükmî şahıslar (personnes morales dans notre droit civil) (1944).

D'autre part, la soumission du statut d'une personne morale publique à l'un des domaines juridiques en question n'exclut pas l'application de l'autre sous certains aspects comme il sera précisé plus loin (infra 4 et 5).

c) Mode de répartition :

Le domaine juridique d'une série de personnes morales, publiques est expressément défini par la loi. La loi utilise ce procédé généralement pour décréter la soumission au droit privé. A défaut d'une telle définition légale, la solution est déduite des divers indices. Précisons que la jurisprudence procède ici généralement d'une manière casuistique, sans même indiquer ses motifs. Quant à la doctrine, ce sont particulièrement ses deux branches les plus intéressées au problème dont il s'agit, à savoir la doctrine du droit administratif¹⁴ et celle du droit civil¹⁵ qui s'occupent des critères distinctifs. Pourtant elles envisagent le problème de répartition entre les deux domaines en question du droit, pour les personnes morales en général, plutôt que pour les personnes morales publiques précisément. Toutefois, les critères qu'elles avancent sont de nature à couvrir ce dernier cas aussi. Ils peuvent être résumés et complétés comme suit : les personnes morales se distinguent surtout par la nature de leurs fonctions principales, par le mode de leur organisation et par la possession de prérogatives de la puissance publique. A notre avis aussi, ces divers éléments peuvent servir comme base de solution convenable. Prenons maintenant en considération les différents types de personnes morales publiques et leur répartition au point de vue du régime juridique.

d) Les collectivités publiques :

Ce sont les collectivités publiques, à savoir l'Etat et, comme

14) S. S. Onar, p. 747 et ss (Informations détaillées au sujet des vues dans les doctrines étrangères) p. 754 (sa propre solution).

15) H. V. Velidedeoğlu, Türk medenî hukuku I, Başlangıç ve şahsın hukuku (Droit civil turc I, Introduction et droit des personnes) 4 ed. (151) p. 228; K. Birsen : Medenî hukuk dersleri (Cours de droit civil) I 5. ed. (1958) p. 208; F. H. Saymen op. c. p. 19 et ss.

produit de décentralisation territoriale, les collectivités locales (*Annexe 6*) qui forment le premier type principal.

Précisons que dans le droit turc aussi, c'est à l'Etat que revient la première personnalité morale publique, laquelle est incarnée dans le domaine administratif —domaine où ces aspects intéressant le droit privé apparaissent— par l'ensemble des organisations appelé l'administration générale de l'Etat. Donc, cette dernière ne possédant pas une personnalité morale qui lui soit propre, n'est qu'une sorte de représentant de l'Etat dans le domaine administratif. Notons que l'Etat - administrateur et les administrations locales sont qualifiés par une partie de la doctrine¹⁶ et dans quelques textes légaux¹⁷ comme des "administrations publiques". Le terme comporte ici un sens particulier prenant son origine, comme ses promoteurs le soulignent, soit du caractère territorial de ces administrations, soit de la nature globale de leurs fonctions. Il est tout à fait clair que les statuts les collectivités publiques sont régis par le droit public.

e) Etablissements publics :

La seconde catégorie principale est constituée par les entités administratives munies de la personnalité morale qui, appartenant *in toto* à une collectivité publique, gèrent des services spécialisés. Nous les appellerons, dans notre exposé, simplement "établissements publics"¹⁸. C'est le type qui couvre les personnes morales résultant de la décentralisation par service.

Des difficultés se présentent quant à la répartition des établissements publics, du point de vue du domaine juridique. En effet, parmi les personnes morales étatiques, c'est au sein des établissements publics que se place une partie des personnes morales publi-

16) S. S. Onar, op. c. p. 699, 702 et ss.; F. H. Saymen op. c. 19 ss.

17) Par ex. l'art. 13 de la loi minière de 1954.

18) Notons que le terme est couramment employé dans un sens plus large allant jusqu'à englober toutes les personnes morales publiques. Ainsi l'art 52 C.C.T. correspondant à l'art. 59 C.C.S. parle simplement des établissements soumis au droit public sans mentionner - à différence du texte du CCS. suisse (art. 59) - les corporations. Les lois organiques des ordres professionnels les qualifient comme des "établissement publics".

ques de droit privé, et par conséquent, le problème de répartition cause des difficultés. Toutefois, celles-ci sont écartées dans la plupart des cas directement par leurs lois organiques. En effet, les définitions légales mentionnées ci-dessus (supra a) concernent en grande partie les établissements publics. C'est directement par leurs lois organiques que les établissements gérant une entreprise économique ou sociale sont soumis au droit privé. C'est également le cas pour quelques autres établissements. Mais il y a aussi des espèces où, soit la solution légale, soit la pratique, font défaut. Il ne reste qu'à recourir à la lumière des critères précisés ci-dessus (voir Annexe 7).

f) *Cas particuliers :*

A cette occasion, il convient de citer deux cas particuliers parmi les établissements publics.

La loi turque confère parfois à une organisation donnée une personnalité partielle concernant certains aspects de ses fonctions. C'est le cas des établissements pénitentiaires ayant des arrangements de travail pour les pénitentiaires. La loi les munit de la personnalité juridique dans le cadre du capital roulant assigné auxdits arrangements¹⁹. Cette espèce paraît se rapprocher du régime de patrimoine séparé (Sondervermögen) du droit allemand. Il convient d'admettre que, vu le but, cette personnalité partielle relève du droit privé.

Une autre particularité du droit turc est que les Vakifs (fondations établies selon l'ancien droit) jouissent de personnalités propres sous leurs différentes catégories précisées par la loi. Leur gestion est confiée à un établissement public avec le système du budget annexe (une sorte de budget public) dit "l'Administration des Vakifs". Là donc un établissement public fonctionne comme une sorte d'organe des personnes morales déterminé, tandis que les Vakifs elles-mêmes sont régies sous réserve de la législation spéciale et des règles de l'ancien droit, par le droit privé, l'établissement qui les gère relevant du droit public.

19) Voir art 6 de la loi de 1943, no. 4358 sur les établissements pénitentiaires etc, RO, 24, 2598.

20) S. S. Onar op. c. 709 ss.

g) *La situation des départements de l'Etat :*

Les fonctions revenant à une grande entité juridique telle que l'Etat se trouvent être nécessairement réparties entre les divers départements spécialisés. En principe, ceux-ci ne devraient être considérés que comme des organisations représentant la personnalité morale dont ils font partie. Toutefois, le droit turc aussi fait une situation particulière aux départements de l'Etat, spécialement au point de vue patrimonial et juridictionnel. Ils sont traités comme une sorte d'ayant droit concernant les biens dans leurs usages. Ils ont la légitimation active et passive dans le procès relatifs à ces biens et aux matières rentrant dans leur compétence (*Annexe 8*).

Une partie de la doctrine turque²⁰ a tendance à caractériser la situation que nous venons de décrire par la fameuse théorie allemande minoritaire²¹ d'"organpersonlichkeit". A cet effet, elle croit se référer par exemple à une disposition constitutionnelle (art. 40) selon laquelle "le haut commandement militaire s'incarne dans la personnalité morale de la Grande Assemblée Nationale", c. à d. du Parlement turc. A notre avis, ni cette formule constitutionnelle, ni la portée de la situation reconnue aux départements et aux autorités de l'Etat. ne justifient une telle construction.

h) *Sociétés mixtes :*

Ce sont généralement des sociétés anonymes dont une partie plus ou moins large des actions appartient à l'Etat ou aux autres personnes morales publiques. De pareilles sociétés sont nombreuses. Elles sont de deux catégories : une partie est constituée dans le cadre du code de commerce; une autre partie fait l'objet de lois ad hoc qui édictent des écarts assez importants du régime général des sociétés établi par ledit code. Il est apparent que les sociétés mixtes sont soumises principalement au droit privé, car tant qu'une société mixte est formée uniquement d'après des règles du code de commerce, sa soumission au droit privé ne peut pas faire de doute. Mais il doit en être de même en ce qui concerne les sociétés mixtes basées sur des lois organiques ad hoc. En effet,

21) Voir E. Porsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* ed. (1958) p. 391 et ss.

la forme choisie est suffisamment significative à ce sujet. Pourtant les dites lois organiques précisent généralement la soumission au droit privé (voir *Annexe 9*).

i) Ordres professionnels publics :

En Turquie aussi, par suite de leur importance particulière pour le public, certaines professions sont réunies en des ordres professionnels ayant pour mission d'assurer d'une part leur contrôle et, d'autre part, la solidarité et la défense des intérêts professionnels. Chacun d'eux est basé sur une loi organique qui lui est propre. Leurs organisations sont définies par ces lois organiques et complétées dans la plupart des cas par des règles découlant soit d'un texte administratif, soit d'un texte établi par eux-mêmes. Leurs lois organiques leur confient le contrôle de la profession respective et, à cet effet, les munissent de prérogatives de puissance publique. Elles établissent entre lesdits ordres et l'administration publique des liens similaires à ceux qui existent entre un organisme administratif autonome et son autorité de tutelle. Ajoutons toutefois qu'ils sont libres dans leur gestion, qu'ils assurent principalement par les organes et le personnel choisis par eux-mêmes. Une telle situation confère à ces ordres professionnels un caractère public. Ceci se trouve être précisé d'ailleurs par leurs lois organiques qui les qualifient soit d'"établissements publics", soit d'"organismes de service public". On ne doute pas que leurs statuts, ainsi que leurs relations avec les membres de la profession et leur surveillance sur ceux-ci rentrent dans le domaine du droit et du contentieux administratifs.

De pareils ordres professionnels existent depuis longtemps pour les avocats et pour les commerçants. Ces dernières années s'y ajoutèrent les ordres des ingénieurs, des médecins et des pharmaciens. Le mode de leurs organisations, ainsi que leurs prérogatives de la puissance publique, sont des traits distinctifs les séparant des organismes professionnels de droit privé. Pourtant, il y a des espèces dont le domaine juridique est incertain. C'est le cas de l'Union obligatoire des banques qui fut constituée tout récemment en application d'une disposition de la loi sur les ban-

ques* suivant un statut qui exige sa ratification par le décret gouvernemental (*Annexe 10*).

j) Les associations d'intérêt général :

Comme en droit français, en droit turc aussi il y a une catégorie d'associations dites d'intérêt général. Cette qualité leur est conférée par un décret gouvernemental sur avis du Conseil d'Etat. Elle leur donne certains avantages. Le statut d'une partie de ces associations doit même, suivant une disposition expresse de la loi sur les associations, être confirmé par le décret gouvernemental. C'est le cas, par exemple, pour le Croissant Rouge. Celui-ci est souvent chargé par l'Etat de l'exécution d'oeuvres de bienfaisance pour son compte. Pourtant, elles sont toutes considérées comme des associations régies par le droit privé.

4) Les personnes morales de droit public et le droit privé :

a) Les cas soumis au droit privé :

Tant que le statut d'une personne morale de cette catégorie est régi par le droit public, suivant la conception ci-dessus mentionnée (*supra* I 1 c), les règles du droit privé ne sont pas applicables, même subsidiairement. Toutefois, l'opinion contraire, semblable à celle qui fut soutenue à une époque en Suisse²² se rencontre en Turquie aussi²³. Mais elle reste isolée.

Cependant, les statuts des personnes morales de droit public ne sont pas régis exclusivement par le droit public. En effet, comme une partie de leurs activités et relations se déroulent dans le domaine du droit privé, celui-ci entre en compte pour les capacités et autres qualités juridiques dont elles ont besoin à cet effet. Pourtant l'article 52 du CCT, qui réfère les personnes morales de droit public à celui-ci au point de vue des principes communs prévus par ledit code pour les personnes morales en général, a une teneur absolue.

(*) V. le Statut de l'Union des Banques de Turquie (décret du 29.9.158) dans ces ANNALES, No. 9-10-11 p. 383.

22) Voir Egger, I. No 11 à l'art. 59 CCS.

23) M. R. Belgesay, Türk medenî kanunu serhi (Commentaire du CCT) I 4. ed. (1957) p. 169.

D'après cet article, les personnes morales dont il s'agit ici "sont soumises au droit public tandis que, d'après le texte correspondant du Code suisse (article 591), le droit public demeure réservé" pour elles. Mais, malgré la teneur absolue du texte turc, il convient de l'entendre, en tenant compte de sa ratio, de la même manière que le texte suisse. En effet, la référence qu'il contient a certes pour but d'éviter une divergence injustifiée de traitement des personnes morales de droit public, suivant le domaine de leurs activités. Donc, elle ne peut viser que les matières qui font également l'objet de solutions équivalentes de la part du droit public. Or c'est le cas seulement pour une partie des matières réglées par les dispositions générales du C.C., relativement aux personnes morales, telles que l'acquisition de la personnalité morale et le commencement de ses effets, le siège, la suppression et la liquidation d'une personne morale (art. 45, 47, 49-51 CCT, 52, 54, 56-59 CCS), mais non pas en ce qui concerne sa capacité de jouissance et d'exercice de droits civils (les art. 46, 48 CCT, 53, 55 CCS). Car les solutions du droit public relativement aux capacités juridiques dans son cadre sont trop particulières pour pouvoir répondre aux besoins des transactions du droit privé. Il convient donc d'admettre que les règles du code civil relativement aux capacités de jouissance et d'exercice des personnes morales sont applicables en principe aussi aux personnes de droit public. Cette solution s'impose d'autant plus que les lois organiques des personnes morales dont il s'agit contiennent très rarement une indication quelconque au sujet des capacités de droit privé des organismes qu'elles régissent. Les exceptions sont les lois organiques des trois catégories des administrations locales qui précisent les capacités juridiques revenant à celles-ci dans le cadre du droit privé. Toutefois, deux d'entre elles (la loi sur l'administration des villages et celle sur l'administration locale des départements) datent d'avant la réception du CC. Or un régime général de personnalité morale étant inconnu de notre ancien droit, le législateur de l'époque se voyait obligé de préciser dans chaque cas leurs contenus. Quant à la troisième loi, celle qui concerne les municipalités des villes, quoiqu'elle soit postérieure à la réception du code civil qui a introduit une définition générale de la personnalité morale, elle con-

tient une disposition²⁴ portant des précisions relativement à leurs capacités de droits civils, mais plutôt en vue de les limiter au cadre de leurs fonctions municipales. En dehors de pareilles exceptions, les lois organiques se contentent généralement de mentionner la personnalité morale des organismes qu'ils régissent sans en préciser ni le domaine, ni la portée. Dans cette condition, la solution préconisée est inévitable. D'ailleurs, il n'existe aucun doute que les personnes morales de droit public possèdent des capacités de jouissance et d'exercice aussi dans le domaine du droit privé. Il ne s'agit donc que d'en préciser la source et la portée: comme il vient d'être indiqué la source en est dans les règles respectives du droit privé.

b) La portée des capacités de droit privé des personnes morales de droit public :

Certes, les textes du droit public peuvent apporter les restrictions aux capacités juridiques revenant aux personnes morales de droit public dans le domaine du droit privé. Sauf le cas des municipalités des villes, de pareils textes font en général défaut. Toutefois, on peut se demander s'il ne conviendrait pas d'admettre en général que les capacités juridiques des personnes morales de droit public dans le domaine du droit privé se limitent aux sphères de leurs fonctions. Sans aucun doute, il n'est pas permis aux dites personnes de dépasser le cadre de leurs fonctions assignées par la loi²⁵. Le contraire aboutirait à reconnaître aux collectivités et établissements publics le pouvoir de se livrer, sans autorisation préalable de la part du législateur, à n'importe quelle transaction économique ou commerciale et de pratiquer ainsi l'étatisme de leurs propres chefs. La question se réduit donc à savoir s'il convient de limiter leurs capacités de jouissance, ou plutôt le pouvoir de leurs organes. La première solution cadrerait mieux avec l'opinion dominante chez les civilistes turcs²⁶ qui, malgré la teneur de

24) L'article 19 de la loi sur les municipalités des villes, en date de 1930.

25) S. S. Onar op. c. p. 752 se prononce dans ce sens.

26) H. V. Velidedeoğlu op. c. p. 236; M. R. Belgesay op. c. p. 161; F. H. Saymen personnes morales (cité supra) p. 31 et s. (avec biblio-

l'art. 46 CCT (art. 53 CS) visant au principe de généralité, favorise celui de spécialité en admettant *de lege lata* que la capacité de jouissance d'une personne morale se limite à ses buts statutaires. D'ailleurs, le principe de spécialité est directement édicté par le nouveau Code de commerce pour les sociétés commerciales. Selon l'article 137 dudit code, la capacité de jouissance de celles-ci se limite à leurs buts statutaires. Or, ce qui est admis pour les personnes morales à but lucratif, ne saurait être refusé pour celles à but non lucratif, d'autant moins pour les personnes morales de droit public. Toutefois, il est permis de douter si une telle solution est convenable. Car elle équivaut à soumettre la portée de capacité de jouissance aux spéculations statutaires. Notons enfin que diverses dispositions légales restreignent le pouvoir d'acquisition de certaines catégories des personnes morales²⁷. De pareilles dispositions sont généralement interprétées comme des limitations à la capacité de jouissance des personnes morales en question.

A notre sens, il est préférable de conclure en général en faveur des limitations des pouvoirs des organes plutôt qu'aux capacités juridiques des personnes morales.

c) Restrictions de la part des textes de droit privé :

Non seulement le droit public, mais aussi le droit privé, peuvent édicter des restrictions à l'adresse des personnes morales de droit public. Ainsi, suivant l'art. 18 du Code de commerce, elles n'acquièrent pas la qualité de commerçant du fait qu'elles exploitent une entreprise commerciale. Par conséquent, elles sont exemptées des droits et obligations liés à ladite qualité.

5) La portée d'application du droit privé aux personnes morales publiques qui lui sont soumises.

Comme il ressort des indications précédentes (*supra c) (g)*), elles sont de deux catégories: les établissements publics de droit privé et les sociétés mixtes. Ce sont précisément les établissements

graphie; pourtant ce dernier conçoit la limitation comme étant relative à la capacité d'exercice).

27) Ainsi la loi sur les Banques (1958) et la loi sur les Associations limitent leurs pouvoirs d'acquisition de droits immobiliers.

publics dont la portée de la soumission au droit privé est entourée d'incertitudes. Car le mode de leurs organisations est plutôt similaire à celui des organismes administratifs de droit public: Comme ces derniers, ils sont aussi fondés sur la base des législations propres à l'administration. Leurs relations vis à vis de celles-ci ont des traits communs avec les relations des organismes administratifs de droit public. Par conséquent, le domaine juridique dont l'organisation de pareils établissements relève, se prête à des doutes, d'autant plus que leurs lois organiques manquent d'indications précises à ce sujet. Car, en tant qu'elles édictent l'application du droit privé, elles se contentent de dire que les établissements en question seront régis selon ces lois organiques et les règles du droit privé". Or celui-ci ne contient pas de règles d'organisation pour de pareilles institutions, sauf la fondation qui est destinée plutôt à des buts de bienfaisance et qui est d'ailleurs réglementée par le CC d'une manière laconique.

Cette situation a donné lieu à une controverse doctrinale relativement aux institutions dites "organismes économiques de l'Etat", qui constituent le mode principal de gestion dans le domaine des entreprises publiques et qui sont soumis par leurs lois organiques avec celles-ci aux dispositions du droit privé. En attendant l'occasion de fournir des informations détaillées à ce sujet, il suffit ici d'en donner le résumé suivant : selon la vue, dite privatiste, avancée par M. E. Hirsh, la soumission au droit privé de tels organismes embrasse aussi leurs appareils administratifs et il faut les traiter de façon similaire à une fondation du CC. Par contre, d'après la vue dite publiciste, soutenue par M. S. S. Onar, ces organismes sont des institutions de droit public destinées à accomplir des activités de droit privé; par conséquent, les litiges relatifs à leurs structures et buts rentrent dans la compétence du droit et du contentieux administratifs.

La jurisprudence n'a eu, jusqu'ici, l'occasion de se prononcer qu'indirectement. Confronté avec les recours du personnel de pareils établissements, le Conseil d'Etat est parti de l'admission qu'ils sont des institutions de droit privé. Pourtant, il fait occasionnellement une réserve pour leurs lois organiques en les qualifiant de lois de droit public.

III) LE PERSONNEL PUBLIC ET LE DROIT PRIVE :**1) Les diverses catégories et leurs régimes juridiques :****a) Les catégories envisagées :**

Par personnel public, nous entendons le personnel des organismes publics ci-dessus décrits (supra II, 3). Le qualificatif "public" marque donc ici aussi l'appartenance, non pas le domaine juridique. Comme nous le verrons, celui-ci se différencie selon le cas. Ajoutons qu'en Turquie, le terme personnel s'est enraciné de plus en plus dans le langage des juristes et des administrateurs, mais celui de personnel public, l'est encore insuffisamment. Nous prendrons en considération ici principalement le personnel des organismes étatiques, non pas celui des organismes complémentaires, ci-dessus décrits (supra II 1 et 3), car le personnel de ces derniers a peu de traits communs avec les premiers. Notons qu'il relève généralement du droit privé.

Le personnel public se prête à une double classification: tout d'abord suivant ses statuts, ensuite d'après le domaine juridique de ses fonctions. Chacune de ces classifications a ses propres impacts. Précisons dès maintenant que, de façon similaire aux personnes morales publiques, le personnel public est, au point de vue du domaine juridique, de deux catégories: celui qui relève du droit administratif (plus généralement du droit public) et celui qui est régi par le droit privé.

b) Les catégories statutaires :

Au point de vue statutaire, le personnel public est formé de diverses catégories légales. A part les agents politiques et les élus locaux d'un côté, les ouvriers de l'administration publique de l'autre, les principales en sont: les juges, les officiers et le personnel civil de l'armée (ce dernier est désigné par la loi comme fonctionnaires militaires), enfin les fonctionnaires et employés qui seront appelés ci-après comme des fonctionnaires et employés publics, abstraction faite de leur domaine juridique. Les juges, les officiers et le personnel de l'armée sont justiciables du droit public. C'est aussi le cas certainement pour les agents politiques et les élus locaux. Quant aux fonctionnaires et employés publics, les premiers

sont soumis en partie au droit administratif, en partie au droit privé, tandis que les employés publics sont généralement régis par celui-ci. La situation est la même pour les ouvriers administratifs qui, comme les ouvriers des organisations privées, relèvent du droit privé par la législation du travail.

c) L'article 354 COT (article 362 I COS) :

Cette disposition dont l'équivalent en Suisse s'explique par des considérations historiques et la structure étatique de ce pays, n'a pas de raison d'être en droit turc. Elle a eu un seul effet, jusqu'ici. Le législateur l'a utilisée telle qu'elle est conçue dans le code turc pour soumettre les employés publics, par voie d'interprétation légale, au droit privé. Le cas mérite d'être rapporté ici. La législation contient très peu de règles au sujet des employés publics. Ainsi, la loi sur les fonctionnaires en date de 1926, qui est la source principale du régime juridique des fonctionnaires, contient au sujet des employés seulement deux articles, dont l'un fixe leurs conditions d'accès et l'autre édicte la disposition suivante: "les employés sont traités d'après leurs contrats". Faute de contrats, les départements au service desquels ils se trouvent, fixent leurs conditions de service. Ceux qui se chargent du service en acceptant ces conditions n'ont droit à aucune réclamation. "Comme la situation juridique des employés d'organismes de droit public a donné lieu à des doutes, le législateur fut amené à donner une interprétation légale²⁸ qui se base principalement sur la teneur de l'art. 354 COT. A la différence de l'article suisse, selon lequel, "le droit public de la Confédération et des Cantons demeure réservé pour les employés et fonctionnaires publics", l'article turc dit que "les dispositions des lois spéciales concernant les fonctionnaires et employés publics demeurent réservées". La teneur de cette disposition qui est due en partie à l'ambiguïté de l'expression "demeurent réservées" employée par le texte français du code suisse²⁹ —texte

28) L'interprétation légale par la décision parlementaire No 425 en date de 1928, RO t. 9. 980.

29) Comme on le sait, les textes allemands et italiens disent "sont soumis au droit public". "Stehen unter dem öffentlichen Recht"; "Sono sottoposti al diritto pubblico".

qui fut la source principale au cours de la réception— a donné lieu, dans sa conclusion interprétative précitée, à l'argumentation suivante : puisque l'article 354 COT, réserve les lois spéciales et, vue la disposition mentionnée de la loi sur les fonctionnaires, les employés publics sont soumis, faute de contrats et de conditions fixées par les départements respectifs, aux dispositions du code civil. C'est ainsi qu'en droit turc, les statuts des employés publics furent soumis en principe au droit privé et à la compétence judiciaire. Toutefois, la portée du principe n'est pas entièrement clarifiée.

d) *La classification fonctionnelle :*

La répartition du personnel public suivant le régime de leurs fonctions a ses impacts particulièrement dans le domaine de la responsabilité pénale. En effet, le fait qu'un délit est commis par ou contre le personnel public préposé aux tâches de droit public, constitue pénalement une circonstance aggravante, en droit turc aussi. C'est pourquoi le droit pénal turc donne du fonctionnaire une définition propre (art. 279) qui prend comme point de départ le régime juridique des fonctions du personnel considéré. En outre, la poursuite pénale par les tribunaux judiciaires contre de pareils fonctionnaires est liée à l'instruction préalable de la part des organes administratifs. Toutefois, la différence de traitement pénal des fonctionnaires publics, selon qu'ils sont préposés aux tâches de droit public ou de droit privé, est atténuée dans la plupart des cas par la législation qui assimile les derniers, sous certains aspects, aux premiers. La répartition fonctionnelle du personnel public au point de vue du régime juridique doit avoir ses impacts aussi dans le domaine de leurs responsabilités civiles, comme nous le précisons plus loin.

2) *Le régime des fonctionnaires publics :*

a) *La répartition au point de vue du domaine juridique :*

Elle est entourée d'incertitudes. Pourtant, on peut affirmer que les fonctionnaires régis par le droit administratif et ceux soumis au droit privé se distinguent l'un de l'autre par le régime des statuts

des personnes morales au service desquelles, ils se trouvent. Donc, en principe, les fonctionnaires des personnes morales de droit public sont régis par le droit administratif; ceux des personnes publiques de droit privé, par celui-ci. En outre, le régime des postes ci-après décrits des fonctionnaires du droit administratif est caractéristique pour ceux-ci. Il sert aussi à discerner le domaine juridique des personnes morales publiques en cas de doute.

b) La distinction entre les fonctionnaires et les employés publics :

Cette distinction importe surtout au sein des personnes morales de droit public, puisque fonctionnaires et employés de celles-ci relèvent chacun de différents domaines juridiques. En effet, comme il vient d'être indiqué, les premiers sont régis par le droit administratif, tandis que les seconds sont soumis au droit privé. Pourtant, la séparation des deux catégories n'est pas aisée à faire. Elle cause des difficultés semblables à celles qui se rencontrent dans d'autres cas. Ces difficultés sont accrues du fait que le législateur ne s'en tient pas aux définitions une fois admises par lui. Celles-ci sont souvent dépassées par les développements ultérieurs. La matière est donc floue. Comme une idée avancée dans la doctrine le fait, on serait tenté d'affirmer que les fonctionnaires constituent les éléments essentiels des organisations données, tandis que les employés en sont les auxiliaires³⁰. Toutefois, les deux catégories ne se distinguent pas l'une de l'autre par de pareils éléments matériels, mais plutôt de manière formelle, à savoir par la définition donnée à leurs postes par les textes fixant leurs cadres³¹, par le mode de leur enregistrement, enfin par la qualification de leurs rétributions: celles-ci s'appellent "traitement" tandis que la rémunération des employés est désignée comme "salaire".

30) voir S. S. Onar op. c. p. 782 et s., p. 791 et sv. qui se prononce au fond dans ce sens.

31) Notons qu'en droit administratif turc, les cadres des départements régis par les budgets parlementaires, c'est à dire soit par le budget général, soit par les budgets annexés, sont fixés pour les fonctionnaires par les lois organiques, pour les employés, par les tables budgétaires. Donc la compétence de l'administration se limite au reste.

c) Mode de réglementation des statuts des fonctionnaires de droit administratif :

Rappelons que, suivant les principes ci-dessus indiqués (supra I), le statut des fonctionnaires de droit administratif est réglementaire. Leur nomination est considérée comme un acte administratif unilatéral dont l'effet est conditionné par le consentement de l'intéressé. La jurisprudence n'a pas eu encore l'occasion de clarifier si le manque de ce consentement a un effet suspensif ou résolu-taire, car le cas est rare. Pourtant la première solution serait plus convenable. L'accès à la fonction publique se fait par une durée illimitée. Les recours contre l'administration relativement au statut de tels fonctionnaires rentrent dans la compétence du contentieux administratif.

La définition du statut des fonctionnaires dont il s'agit est réservée au législateur par la Constitution (art. 93). De fait, le statut de pareils fonctionnaires est réglé par les différentes lois dont le *sedes materiae* est la loi précitée sur les fonctionnaires. Toutefois, la réserve constitutionnelle en faveur du législateur n'est pas interprétée d'une manière stricte. Ainsi, le statut des fonctionnaires municipaux, se trouve être, en vertu de la loi des municipalités, défini par un règlement d'administration publique, règlement décrété par le Gouvernement sur l'avis consultatif du Conseil d'Etat. Les lacunes des textes sont comblées d'après le principe ci-dessus énoncé (supra I, 1, b).

d) Les traits caractéristiques des statuts des fonctionnaires de droit privé :

Comme il a été relevé ci-dessus (supra I b), les fonctionnaires des organismes de droit privé sont régis par celui-ci. Le Conseil d'Etat n'excepte pas même les dirigeants de ces organismes, quoique leurs positions soient définies par les lois organiques et que leurs nominations (et le cas échéant leur révocation), appartiennent au Gouvernement. Pourtant, il y a des espèces où il a admis sa compétence et, par conséquent, l'application du droit administratif (*Annexe 10*). Par suite de leur soumission au droit privé, les statuts des fonctionnaires en question comportent un caractère

contractuel. Ils sont régis en principe par les règles du contrat de travail. Toutefois, leurs droits financiers font l'objet de la législation relevant du droit public. Une partie de cette législation est même identique à celle qui s'applique aux fonctionnaires de droit administratif. C'est le cas pour la loi des pensions et celle de dédommagement des frais de voyage. Il y en a une qui est spéciale aux fonctionnaires publics de droit privé, mais elle aussi a un contenu similaire à la législation correspondante des fonctionnaires de droit administratif. C'est le cas pour la loi de barème du personnel public de droit privé. Par conséquent, il convient de reconnaître à celle-ci aussi le caractère public. Le régime de droit privé entraîne pour les fonctionnaires en question, la compétence judiciaire dans leurs litiges statutaires avec l'administration. Pourtant, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont apporté à ce principe une brèche en faveur de la compétence du contentieux administratif pour les matières faisant l'objet de la législation précitée de caractère public. L'initiative en revint au Conseil d'Etat en matière de barème. Le Tribunal des Conflits s'y rallia. Pourtant l'évolution n'est pas complète. Le Tribunal des Conflits maintient encore la compétence judiciaire, par exemple dans les litiges relatifs au dédommagement des frais de voyages. Notons que la compétence du contentieux administratif en matière des pensions des fonctionnaires dont il s'agit ici découle directement de la disposition législative.

3) La responsabilité civile du personnel public :

a) *Principes de base :*

La jurisprudence et la doctrine turques, malgré que le COT ne contienne pas une disposition similaire à l'art. 60 COS l'impliquant, admettent unanimement que la responsabilité incombant au personnel justiciable du droit public, soit envers l'administration, soit vis à vis des administrés, est régie par le droit privé et rentre en principe dans la compétence judiciaire. Il y a eu des tentatives d'introduire en faveur des fonctionnaires une espèce de garantie jurisprudentielle, telle qu'elle est pratiquée en France. On a expérimenté³² de décharger les fonctionnaires poursuivis par

32) Sur la suggestion de S. S. Onar; voir op. c. p. 348 et s.

des particuliers devant les tribunaux judiciaires à cause d'une faute de service par le moyen du conflit positif. Mais le Tribunal des Conflits, malgré qu'il ait considéré l'idée comme justifiée, n'a pas cru pouvoir retenir l'argument en l'état actuel de la procédure des conflits (*Annexe 11*). Des tendances se font jour dans la doctrine³³ en vue de limiter la responsabilité des fonctionnaires publics aux cas sinon prévus par la loi, du moins graves. Celles ci n'ont pas eu davantage de succès auprès de la jurisprudence.

b) La responsabilité civile des ministres suivant la Constitution :

La responsabilité civile incombant aux membres du Gouvernement envers l'Etat est jugée, sur renvoi parlementaire, par la Haute Cour composée de membres choisis par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat dans leur propre sein. Par contre, selon l'interprétation restrictive donnée au texte compréhensif de la constitution, leurs responsabilités civiles, vis à vis des particuliers, rentrent dans la compétence judiciaire. Les cas ne sont pas rares où les ministres ont encouru de pareilles responsabilités par les jugements des tribunaux judiciaires.

c) La responsabilité des comptables et des ordonnateurs :

Leurs responsabilités civiles vis à vis de l'administration sont jugées par la Cour des Comptes eu deux instances, mais, définitivement: celle-ci se montre très sévère, allant jusqu'à les condamner sans égard s'ils sont fautifs ou non.

d) Difficultés relatives à la prescription :

Les tribunaux judiciaires ont hésité sur la question de savoir laquelle des prescriptions délictuelles et contractuelles était applicable à la responsabilité des fonctionnaires de droit public. L'hésitation fut éliminée par un arrêt unificateur de la Cour de Cassation qui considère la prescription délictuelle comme applicable aux deux sortes de responsabilités, soit à la responsabilité envers

33) Surtout par S. S. Onar p. 845 et s.

l'administration, soit vis à vis des particuliers (*Annexe 12*). A notre avis, il faut tenir compte du fait que, comme il a été indiqué plus haut, le régime du fonctionnaire et celui de la fonction ne se recouvrent pas nécessairement. Or, au point de vue de l'administration, c'est le premier, et au point de vue des particuliers, c'est le second, qui sont déterminants. Toutefois, la jurisprudence ne s'est pas confrontée jusqu'ici avec des cas de pareille disparité.

IV) LES BIENS PUBLICS ET LE DROIT PRIVÉ :

1) Les classifications en cours:

Une classification fixe et généralement admise ne s'est pas encore développée en droit turc relativement au patrimoine public, c'est-à-dire quant aux biens possédés ou contrôlés par l'Etat et les autres personnes morales publiques. La classification tripartite du système allemand qui répartit le patrimoine public en choses à l'usage commun, en patrimoine administratif et en patrimoine fiscal trouve des partisans³⁴ dans le droit turc aussi. La classification la plus courante est la suivante qui s'inspire du système français, mais prend en considération aussi le système allemand :

a) *La répartition de base: biens publics et biens privés.*

On répartit le patrimoine public, comme dans le droit français, en deux catégories principales: en biens publics et en biens privés³⁵. C'est la répartition qui est pratiquée par la jurisprudence et qui a été également admise par le projet de loi sur les biens publics dont il sera rendu compte par la suite.

En droit turc aussi les biens publics sont soumis au droit public dans une large mesure dont la portée sera précisée plus loin. Par contre, les biens privés des personnes morales publiques

34) S. Derbil, *İdare Hukuku* (Droit administratif), 4e édition (1955), p. 423.

35) Les catégories en question sont désignées le plus souvent par des termes s'inspirant du système français, à savoir comme domaine public "âmme emlâkı" et domaine privé "hususî emlâk". Pourtant, en accord avec le projet de loi sur les biens publics, qui sera indiqué dans le texte suivant, nous préférons les termes biens publics "âmme malları" et biens privés "hususî mallar".

sauf l'ingérence du droit public qui impose aux autorités administratives certaines modalités et restrictions en ce qui concerne leur acquisition, gestion et aliénation. Signalons qu'il y a des solutions embrassant les deux catégories des biens ensemble. Ainsi, selon la législation turque (art. 82, LPDFT correspondant à l'art 92 LPDFS), le patrimoine tout entier de l'Etat et celui des autres personnes morales étatiques de droit public sont insaisissables par voie de poursuite pour dette, sans distinction entre les biens publics et privés. Une exception à cette règle relative aux biens privés se rencontre seulement à l'échelle des collectivités locales.

Nous ne nous occuperons ici que du régime des biens publics, car celui-ci a plus d'intérêt pour une comparaison avec les solutions suisses.

b) Les catégories de biens publics:

Notons tout d'abord que la consistance des biens publics, qui comprend aussi bien l'objet immobilier que mobilier, est loin d'atteindre jusqu'ici la précision désirable. De cette précision dépend en même temps la consistance de la catégorie des biens privés. En effet, cette dernière catégorie comprend en droit turc aussi le reste du patrimoine public après la soustraction des biens publics.

Sont considérés comme biens publics principalement deux catégories de biens: 1) les biens à l'usage commun; 2) les biens de service³⁶. C'est la classification qui était adoptée aussi par le projet de loi ci-dessus mentionné. A mon avis il faut y ajouter: 3) les objets d'art et d'antiquité.

Avant de rapporter eu détail ces diverses catégories de biens publics, il convient d'indiquer les principes qui président à leurs régimes juridiques.

2) Le régime des biens publics.

a) Historique.

La soumission des biens publics à un régime particulier n'est

36) S. S. Onar, Les Principes Généraux du Droit Administratif, p. 931.

pas nouvelle en Turquie. Un tel régime était connu aussi dans l'ancien droit turc³⁷. En effet, soit le Medjellé (le code civil musulman), soit le code des terres édictaient un régime spécial pour les biens immobiliers, tels que les routes, les places publiques, les paturages, etc. qui s'appelaient "terres délaissées" ainsi que les rivières et les eaux publiques. Cet ancien régime a pris fin avec l'entrée en vigueur du code civil. Toutefois, une opinion minoritaire soutient encore, à mon avis injustement, que le régime prévu dans le code des terres pour les biens publics reste en vigueur (*Annexe 13*).

b) L'état actuel:

Le régime des biens publics n'a pas encore atteint en Turquie le stade d'évolution désirable relativement à deux groupes de questions :

Tout d'abord, le degré de leur soumission au droit privé est incertain. Ensuite la réglementation du droit public fait défaut, malgré qu'elle soit prévue même par le code civil (l'art. 641 CCT, correspondant à l'art. 664 CCS). Or, relèvent du droit public des problèmes de grande importance pratique. En effet, l'affectation ou la désaffectation d'un bien à l'usage public ou à un service public, par conséquent la qualité de bien public d'un objet, la manière de son utilisation dans le cadre du besoin public auquel il est consacré, enfin sa préservation et son maintien d'une manière convenable au besoin public, sont autant de questions relevant certes du droit public. Pour pouvoir accomplir ces tâches, l'administration a souvent besoin d'intervenir dans la sphère juridique des particuliers. Or, pour une telle intervention, elle doit être munie d'une autorisation législative par suite du principe d'État de droit qui préside aussi à la Constitution turque. Dans nombre de cas la législation existante lui confère des pouvoirs nécessaires. La loi sur l'expropriation de 1956, qui a remplacé la législation dispersée antérieure, permet aussi à l'administration, par voie forcée et

37) Voir S. S. Onar, *Türk Hukukunda Âmmeye Emlâkı Teorisi*, Ebul'ulâ Mardin'e Armağan. (La théorie du domaine public en droit turc, Mélanges Mardin), 1944, p. 503 et sv.

moyennant une indemnisation préalable, l'expropriation des immeubles qu'elle juge nécessaire de consacrer à un but d'utilité publique*. Mais, sur bien des points, des dispositions législatives manquent.

De même la jurisprudence faisant défaut sur ces points, c'est la doctrine du droit administratif qui s'en occupe principalement. Par suite de la grande importance pratique de la matière, elle lui a consacré jusqu'ici des études approfondies et comparées non seulement dans les manuels³⁸, mais aussi dans des monographies spéciales³⁹. S'inspirant des besoins pratiques et prenant en considération les solutions françaises, elle reconnaît à l'administration des pouvoirs unilatéraux étendus qu'elle croit nécessaires dans l'intérêt général. Aussi, admet-elle généralement que l'administration a le privilège de délimiter elle-même les immeubles publics, de prendre et de mettre à exécution d'office toutes les mesures nécessaires en vue de préserver les biens publics en général, y compris l'élimination des empiétements sur eux, etc., elle laisse aux particuliers se considérant ainsi lésés de chercher le redressement en justice⁴⁰. Mais les mesures administratives concernant la délimitation peuvent entrer en conflit avec le droit des particuliers. Dans de pareils cas, l'administration ne peut agir que sur autorisation législative. Donc les lacunes existantes doivent être comblées par la loi. En ce qui concerne la préservation des biens publics, les autorités administratives ont des possibilités suffisantes: en effet la loi leur confie la protection de la possession immobilière contre les empiétements moyennant les mesures administratives (*Annexe 14*). L'administration peut en bénéficier pour protéger aussi ses biens publics.

(*) Voir Loi d'expropriation No 6830 du 31.8.1958, dans ces ANNALES, No. 8. p.p. 156 et sv.

38) S. S. Onar, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, p. 906 et s; S. Derbil, *op. cit.*, p. 413 et s.

39) S. S. Onar, *op. cit. supra* No. 5, p. 479 s; Ch. Crozat, *Menkul Âmmе Emlâkı (Le Domaine public mobilier)*, dans la *Revue de la Faculté de Droit d'Istanbul*, VII, 1940 p.p. 645-737.

c) *Le projet de 1953:*

Pour suppléer aux lacunes existantes, le gouvernement a présenté au Parlement en 1953 un projet de loi qui était établi après de longues préparations auxquelles d'éminents juristes turcs (Prof. E. Mardin et Prof. S. S. Onar) avaient pris part et qui apportait au régime des biens publics un certain degré de précision. Il prévoyait en faveur de l'administration des pouvoirs unilatéraux similaires à ceux que la doctrine ci-dessus mentionnée voulait lui reconnaître. Mais le projet s'étant heurté au sein du Parlement à une très forte opposition n'a pas pu aboutir. L'opposition au projet fut provoquée par l'excès du régime de droit public auquel il voulait soumettre les biens publics.

d) *Le degré d'application du droit privé:*

La doctrine dominante⁴¹ considère aussi ceux des biens publics qui consistent en choses en soi susceptibles de commerce juridique, comme ne faisant pas l'objet de la propriété privée. Elle en conclut que la situation revenant aux organismes publics détenteurs de pareils biens n'est pas celle d'un propriétaire au sens de droit privé. Et surtout que les biens publics ne sont pas aliénables et susceptibles d'être acquis par prescription, ou grevés des droits réels limités, tels que servitudes, gages, etc⁴².

La même solution était adoptée par le projet de loi sur les biens publics qui déclarait les biens à usage commun ainsi que les biens de service comme ne pouvant "faire l'objet de propriété privée ou d'aucun droit menant à elle". Il prescrivait aux bureaux de registre foncier d'immatriculer les immeubles publics dans un registre séparé de celui destiné aux droits réels de droit privé.

Il y a aussi quelques textes législatifs, et même des décisions

40) S. S. Onar, op. cit., p. 945 et s.; S. Derbil, op. cit. p. 429.

41) S. Derbil, op. cit., p. 426; M. R. Belgesay, Türk Medeni Kanunu Şerhi (Commentaire du Code Civil Turc), IVe éd., p. 84 et 401; F. H. Saymen - Elbir, Eşya Hukuku (Droit Réel), p. 59, 63; S. S. Onar, op. cit., supra No. 5, p. 943 et s. (Voir cependant infra No. 12 et le texte correspondant).

42) S. Derbil, op. cit., p. 427 et s.; S. S. Onar, op. cit. p. 936; M. R. Belgesay, op. cit., p. 84.

jurisprudentielles qui, s'occupant de certains biens publics locaux, qualifient ceux-ci comme ne faisant pas "l'objet de propriété privée" (*Annexe 15*). En tout cas, l'inaliénabilité ainsi que l'imprescriptibilité des biens publics sont confirmées par une jurisprudence que l'on peut considérer comme constante (*Annexe 16*).

Cependant, l'élimination du régime de la propriété privée n'est pas poussée jusqu'au bout. La même doctrine enseigne que les fruits et autres avantages des biens publics sont acquis, à l'instar des propriétaires, à titre de propriété, par les organismes publics détenteurs et que ceux-ci bénéficient, à côté des pouvoirs provenant du droit public (*infra d*), des moyens mis à la disposition des propriétaires et possesseurs par le droit privé ainsi que des droits de voisinage reconnus par celui-ci⁴³. Des solutions similaires étaient aussi admises par le projet de loi sur les biens publics. Il précisait que "toutes sortes de fruits des biens de l'usage public et des biens de service" ainsi que, sous réserve des art. 696 et 697 CCT (art. 722 et 723 CCS), les trésors enfouis dans de pareils domaines "rentrent dans la propriété des personnes morales publiques dont ils dépendent". En outre, il permettait à celles-ci de bénéficier "dans la préservation et la gestion des biens publics", à côté des pouvoirs qu'il prévoyait, "de tous les droits reconnus par le droit civil aux propriétaires ainsi qu'aux possesseurs".

L'élimination du régime de la propriété privée d'un côté, l'admission de certains de ses effets de l'autre, rendent, pour les partisans de telles conceptions, difficiles à caractériser les relations juridiques entre les biens publics et l'organisme public dont ils dépendent. Précisons tout d'abord que dans la doctrine turque, la théorie de la propriété du droit public, quoiqu'elle soit traitée d'une manière détaillée⁴⁴ n'a pas de partisans, tout au moins déclarés. On cherche donc d'autres explications. Selon une opinion⁴⁵, il s'agit d'une relation *sui generis*, comportant un groupe de droits qui, dépassant le cadre des droits de garde, mais n'atteignant pas le niveau de ceux conférés par la propriété, consti-

43) S. S. Onar, *op. cit.*, p. 429, S. Derbil, *op. cit.*, p. 938 et 944.

44) Derbil, *op. cit.* p. 426.

45) S. S. Onar, *op. cit.*, p. 940, 952 et s.

46) S. S. Onar, *op. cit.*, p. 944.

tuent une catégorie spéciale. Par contre, d'après une autre opinion⁴⁶, il ne s'agit que d'une relation de garde "au sens le plus large". Toutefois, le partisan de cette dernière opinion paraît prendre en considération aussi la possibilité de qualifier la situation comme "une propriété limitée par le droit administratif"⁴⁷.

A notre avis, c'est cette dernière conception, à savoir l'admission, pour les biens publics, du régime de la propriété du droit privé limitée par le droit public, qui est la plus appropriée, soit au point de vue de la technique juridique, soit pour les besoins pratiques. En effet à part les arguments que l'on peut déduire des art. 641 et 912 CCT (art. 664 et 944 CCS) en sa faveur (*Annexe 17*), la solution préconisée se justifie surtout par les considérations suivantes :

Tout d'abord, dans une grande partie des biens publics, l'exigence de l'usage public ou de service public n'embrasse pas toutes les possibilités de leurs utilisations. Il est donc parfaitement possible que les possibilités inutilisées par ceux-ci soient mises à la disposition du commerce ordinaire. Il suffit de penser qu'en Turquie aussi, on entend construire des installations dans le sous-sol, des voies ou places publiques en vue de les utiliser comme garages ou pour d'autres buts commerciaux. Or, c'est l'idée de la propriété qui convient le plus à de pareils aménagements. Par ailleurs, selon la loi d'expropriation, les collectivités publiques ont la possibilité de se contenter d'acquérir, au lieu de la propriété d'un immeuble, seulement des droits réels limités sur lui. La législation permet donc de combiner dans le même objet la propriété d'une personne privée avec l'affectation à un but public. Or on ne saurait concevoir d'objection sérieuse à ce que l'on admette la même combinaison juridique lorsque le bien en question appartient dans sa totalité à l'organisme administratif affectant.

Par conséquent, l'élimination en principe de la propriété privée ne paraît se défendre que pour les objets dont l'utilisation toute entière est absorbée par l'usage ou le service publics. Or, pour cette dernière catégorie de biens publics, aussi la thèse de la propriété limitée par le droit administratif paraît mieux convenir pour trois ordres de raisons prépondérantes :

47) Ibid, p. 946.

En premier lieu, elle évite d'attribuer à l'acte d'affectation la vertu d'éliminer ou de restituer la qualité de la propriété privée d'un bien, vertu qui est peu adéquate à son contenu et à la sécurité juridique. Ce dernier point n'a pas échappé aux auteurs du projet de loi plusieurs fois mentionné qui contenait une disposition prescrivant la publication desdits actes sous peine d'être inopposables aux tiers, en outre ordonnant pour les immeubles ainsi désaffectés l'inscription au registre foncier avec la sanction y relative.

En second lieu, la solution préconisée ici constitue une base solide à l'application du droit privé que l'on admet généralement pour des aspects déterminés des biens publics. Sans quoi il est inévitable de recourir à des constructions artificielles telles que la propriété du droit public. En outre, l'idée du régime de la propriété du droit privé limité par le droit public confère à l'application du droit privé un cadre raisonnable. En effet, il ne convient pas d'appliquer aux biens publics, comme la doctrine turque ainsi que le projet de loi mentionné paraissent l'admettre, seulement les dispositions du code civil qui sont avantageuses aux propriétaires, mais aussi celles qui leur imposent des charges et des obligations comme c'est le cas dans sa réglementation du voisinage.

En troisième lieu, la conception préconisée ramène à une juste proportion les diverses solutions ci-dessus mentionnées, déduites de l'élimination du régime de la propriété. En effet, l'exclusion d'aliénabilité, de prescription acquisitive, ainsi que des droits réels illimités, ne doivent entrer en compte que dans la mesure où elles empièteraient dans le sphère de l'utilisation réservée à l'usage ou au service public. Par conséquent, leur exclusion totale ne s'opère que pour les biens entièrement consacrés audit usage ou service.

e — La condition préalable d'affectation.

En droit turc aussi l'administration n'est à même d'affecter au besoin public que les biens qui lui appartiennent ou le droit qui lui revient. C'est ce qui résulte d'une disposition constitutionnelle (art. 74) qui interdit aux autorités publiques toute acquisition forcée sauf celle qui est autorisée par la loi pour l'indemnisation préalable et qui prohibe en même temps toute imposition

personnelle ou patrimoniale également en dehors de l'autorisation législative prévue pour des circonstances exceptionnelles.

Toutefois, il arrive souvent que l'administration établisse, sur le terrain d'un particulier, des ouvrages publics sans obtenir son consentement ni se donner la peine de recourir au procédé d'expropriation. Le traitement de pareils cas a donné lieu à des hésitations, soit au sein du Tribunal des Conflits relativement à la juridiction compétente, soit à l'intérieur de l'ordre judiciaire sur les solutions à donner au fond. Saisi des conflits de compétence relativement aux demandes d'indemnisation résultant d'une telle usurpation survenue dans la plupart des cas à l'occasion d'installation de voies de communications, le Tribunal des Conflits a admis à la majorité, tout d'abord que, s'agissant de dommage causé par l'exécution d'un service public, la connaissance de l'affaire appartenait à la juridiction administrative⁴⁸. Mais il a renversé cette jurisprudence depuis quelques années, en décidant cette fois - de nouveau souvent à la majorité - pour la compétence judiciaire. La raison indiquée dans la plupart des cas est qu'il s'agit d'un empiètement sans cause sur le domaine d'autrui, par conséquent d'un litige justiciable du droit privé⁴⁹.

Quant à la Cour de Cassation, celle-ci a liquidé l'hésitation précitée par deux arrêts unificateurs rendus à l'unanimité en date de 1956 et se complétant l'un l'autre. Dans l'un d'eux, elle a posé les règles suivantes : "La personne dont l'immeuble foncier est transformé en un chemin sans recourir au procédé d'expropriation peut, en principe, intenter contre la personne morale publique qui a opéré ladite transformation, une action tendant à éliminer l'empiètement. Cependant, elle peut préférer, en consentant à l'état de fait, l'actionner en paiement du prix de l'immeuble; le prix qu'elle peut demander est celui de la date d'introduction de l'action en in-

48) RO t. 34 p. 1738; t. 35, p. 2092.

Il y a des espèces similaires où il s'agit d'autres ouvrages publics: RO t. 35 p. 1905 (installation des canaux d'irrigation), la compétence de la juridiction administrative y est admise à l'unanimité.

49) RO t. 37, p. 1212; t. 35, p. 780; t. 39, p. 821 (installation d'aérodrome); t. 39, p. 1309 (inclusion dans la zone militaire défendue unanimité).

demnité où elle a ainsi manifesté son consentement au transfert de la propriété.

Dans son second arrêt, la Haute Cour a affirmé la règle suivante (en résumé): "Pour la demande d'indemnité du propriétaire ainsi dessaisi la prescription n'entre pas en compte; par conséquent l'art. 66 COT-art. 67 COS- n'est plus applicable" (Annexe 18). Il est à souligner que le revirement de la jurisprudence du Tribunal des Conflits coïncide avec la période où ces arrêts unificateurs furent rendus.

Les considérants des arrêts montrent qu'aux yeux de la Haute Cour, des deux alternatives en question, à savoir la demande d'élimination d'empiètement et celle d'indemnité, seule la seconde est utilisable pour le propriétaire. Elle indique, en effet, avec toute la clarté désirable qu'un jugement prescrivant l'élimination de l'ouvrage public réalisé serait difficile à exécuter. Par conséquent, elle semble manier la première alternative comme une base justifiant les solutions qu'elle donne à la seconde alternative, c'est-à-dire à la demande d'indemnité. Elle aboutit ainsi à une solution similaire à la théorie française de l'expropriation indirecte.

3) Les biens de l'usage commun.

a — *Définition.*

Le projet de loi sur les biens publics définissait les biens destinés à l'usage commun (*orta malı*) comme "des biens ouverts à l'utilisation de la part de tous ou de la part des habitants d'un lieu déterminé sans permission préalable, soit gratuitement, soit moyennant une taxe ou une redevance similaire". Cette définition exprime l'opinion générale en cours en Turquie à ce sujet.

b — *Classification selon la destination.*

Selon leur destination, les biens de l'usage commun sont donc de deux catégories :

- 1) les biens publics généraux, ouverts à tous ;
- 2) les biens publics locaux qui sont réservés aux habitants d'une ville ou d'un village déterminés. Suivant la tradition dans cette catégorie rentrent surtout les paturages d'été et d'hiver ainsi que

les endroits où sont placées les moissons. Les pâturages d'été sont situés généralement sur les montagnes, donc hors des localités auxquelles elles appartiennent. Comme leurs statuts ne sont pas clairement définis, il font l'objet d'interminables discussions.

c — Classification selon la nature.

Suivant leur nature, on distingue en Turquie aussi deux catégories de biens à usage commun :

1) Les biens naturels. En font partie le rivage de la mer et des lacs, les fleuves, les rivières, etc. Le projet de loi sur les biens publics y ajoutait l'air au-dessus de ce qui fait partie de la propriété foncière, les eaux territoriales, ainsi que les lacs. Pareilles solutions ont leurs partisans dans la doctrine aussi⁵⁰. Soit des indications législatives, soit des solutions coutumières manquent en Turquie au sujet de la délimitation des biens publics naturels, ce qui est particulièrement important pour l'étendue des rivages⁵¹. Le projet de loi renvoyait la question à un règlement d'administration publique.

2) Les biens artificiels;

Leur qualité est sensée être liée en droit aussi à un acte administratif, qui est appelé, suivant le cas, acte d'affectation ou de désaffectation et qui, n'étant en principe soumis à aucune formalité, peut également s'effectuer tacitement aussi.

Une grande partie des biens à usage commun d'ancienne provenance doivent leur qualité à une longue tradition. En tenant compte de cet état de chose, le projet de loi signalait la tradition parmi les modalités conférant à un objet la qualité de bien public.

d — Les problèmes relatifs aux divers modes d'utilisation;

La nature juridique de l'utilisation collective des biens à usage commun n'a plus de portée pratique en droit turc. Par conséquent,

50) S. S. Onar, op. cit., p. 932 et s.

51) La loi abolie sur les constructions et les routes dans les municipalités interdisait de permettre toute installation au bord de la mer et à une distance de 10 mètres; la nouvelle loi n'a pas maintenu cette interdiction.

elle attire peu d'attention dans la doctrine turque. Par contre, sa délimitation vis-à-vis de l'utilisation privative ne cesse pas de causer des difficultés.

Ce sont les modalités de l'utilisation privative qui comportent des difficultés particulières. Une première difficulté concerne le problème de la durée. Le projet de loi sur les biens publics n'était pas favorable à des concessions durables pour une utilisation privative. Car une pareille solution pourrait se concilier difficilement avec les besoins pratiques. En effet, il y a des cas où l'utilisation durable d'un bien public, sous certains de ses aspects, est d'une nécessité incontestable⁵². Il suffit de penser aux installations d'adduction d'eaux destinées à ravitailler une usine hydroélectrique, aux installations sur ou sous les voies publiques, aux divers services de communication, aux aménagements de bains et de pêcheries au bord de la mer, etc. Si une partie de pareils besoins peut, par voie de servitude, être inscrite au registre foncier (art. 912 CCT, 944 CCS), il y a un nombre de cas où une pareille solution ne peut pas entrer en compte. Par conséquent, l'admission de la possibilité de concession durable s'impose.

La permission de l'utilisation privative passagère est généralement considérée comme un acte administratif, par conséquent comme justiciable du droit et du contentieux administratifs. Par contre, la pratique jurisprudentielle applique aux utilisations privatives durables le régime de contrat de bail du droit privé et ainsi les soumet à la compétence judiciaire⁵³. Toutefois, elle n'a pas eu encore l'occasion de clarifier la situation dans nombre de cas.

4) Les biens de service.

a — Définitions excessives;

Le projet de loi définissait la catégorie en question comme des biens affectés à un service de manière à en être un élément. Il considérait comme de tels biens de service :

- 1) les immeubles tels que les quais, les phares, les écoles,

52) S. S. Onar, op. cit., p. 952 et s. S. Derbil, op. cit., p. 430.

53) S. Hocaoglu, Résumé des Arrêts du C. E. et du T.C., p. 128. s.

les hôpitaux, les préventoriums, les dispensaires et autres bâtiments sanitaires, les palais de Justice et des postes, les bâtiments destinés aux offices gouvernementaux, les casernes, les fortifications, les zones militaires prohibées, etc.

2) les meubles tels que les objets d'art et de culture appartenant aux musées ainsi qu'aux bibliothèques officielles, les munitions militaires, les matériaux des offices gouvernementaux, etc.

Cette conception trop large des biens publics, apparemment inspirée dans une certaine mesure par les tendances excessives qui se sont fait jour en France où elles paraissent n'avoir pas eu de succès, est partagée aussi par une partie de la doctrine⁵⁴. A mon avis, il n'y a pas de raisons pratiques justifiant une telle extension du champ des biens publics. Expliquons-nous : comme il a été signalé plus haut (1b), il faut faire une distinction entre les biens de service et les objets d'art et d'antiquité.

b — Le cadre des biens de service;

Il me paraît plus justifié de limiter le cadre des biens publics de service à ceux qui, par leur nature ou par leur aménagement, sont destinés exclusivement ou essentiellement au but particulier du service, conformément à la formule de la Commission de Réforme du Code Civil Français, citée par M. M. Waline⁵⁵. Seulement les biens de cette catégorie exigent le régime exorbitant des biens publics. D'ailleurs les effets du régime de droit public applicables aux biens de service sont limités en comparaison avec les biens d'usage commun.

5) Les objets d'art et d'antiquité.

Par suite de l'état de la législation turque concernant ces objets ainsi que de l'intérêt national qu'ils impliquent, leur soumission au régime des biens publics s'impose. Par conséquent, la solution ci-dessous indiquée du projet de loi était justifiée sur ce point:

En premier lieu, un code remontant à la période de la monarchie absolue (1906) considère "tous monuments et objets d'antiquité, mobiliers ou immobiliers, connus ou inconnus" comme

54) S. S. Onar, op. cit., p. 929 et s.

55) Droit administratif, 7^{éd}, p. 815 et s.

propriété de l'Etat⁵⁶ et soumet leurs fouilles à un régime d'autorisation.

En second lieu, la loi, datée de 1935, sur les Vakıfs - fondations pieuses - exclut (en maintenant partiellement une très ancienne tradition) des commerces juridiques leurs biens destinés aux buts pieux (hayrat) au sens large du mot. Ce sont en grande partie des biens monumentaux de valeur historique et esthétique.

6) Le contrôle des ressources naturelles.

Les ressources naturelles sont, comme dit l'art. 641 CCT (correspondant à l'art. 664 CCS) "soumises à la domination et à la disposition de l'Etat". Les principales en sont les suivantes :

a — Les choses sans maître.

Le projet de loi sur les biens publics assimilait les choses sans maître, susceptibles de commerce juridique, aux biens privés de l'Etat. Dans l'état actuel de la législation aussi la jurisprudence paraît appliquer certaines conséquences du régime de la propriété privée de l'Etat à des choses sans maître⁵⁷.

Les immeubles fonciers sans maître ont subi un sort varié depuis l'introduction du Code Civil. Actuellement ils sont mis, par la Loi d'attribution de terres aux cultivateurs, en date de 1945, qui vise la réforme agraire, à la disposition du Ministère de l'Agriculture pour leur être distribuées en application de ladite loi.

b — Les forêts

La préservation et l'élargissement des forêts existant en Turquie font l'objet des soucis constants du législateur et du gouvernement. Il y a eu une période (1945) où le législateur a cru devoir

56) L'art. 4 du Règlement des objets d'antiquité. (règlement de nature législative).

57) Voir l'arrêt de la Cour de Cassation, cité par Saymen-Erman-Elbir, Recueil de Jurisprudence Turque, année 1953, I, p. 74, "L'Etat a droit à la contravaleur à cause d'une occupation illégitime d'un immeuble sans maître, même pour la période précédant son inscription comme propriétaire".

nationaliser toutes les forêts, y compris celles qui étaient plantées par les particuliers. Pourtant, dans la suite, il a dû atténuer cette solution radicale. Les forêts sont actuellement régies par une loi récente de 1956.

La loi les divise, tout d'abord, selon leurs propriétaires, en trois groupes : a) les forêts de l'Etat, b) les forêts des autres personnes morales publiques, c) les forêts privées. Ensuite, selon leur destination, en trois groupes qui sont : a) les forêts de préservation, b) les parcs nationaux, c) les forêts d'exploitation. Précisons que la gestion forestière de l'Etat est confiée à un organisme muni de la personnalité morale et jouissant d'un certain degré d'autonomie.

Le régime juridique des forêts a occupé le Tribunal des Conflits à l'occasion d'un litige entre l'Etat et une société exploitant les forêts étatiques d'une région déterminée⁵⁸. Le Tribunal a admis, parmi les considérants de son arrêt rendu à la majorité, que les forêts en question faisaient partie du domaine public. Il en conclut qu'il s'agissait d'un contrat administratif justiciable du Conseil d'Etat. Le point de vue du Tribunal, qui fut critiqué dans la doctrine⁵⁹, ne peut être partagé. Parmi les divers groupes de forêts ci-dessus mentionnés, seuls les parcs nationaux ont le caractère de bien public.

c — Les ressources minières

La loi de 1954 sur les mines dit que "les mines sont soumises à la domination et disposition de l'Etat" et qu'elles ne sont pas incluses "dans la propriété des terres qui les contiennent". Leurs recherches dépendent d'autorisations et de concessions à obtenir des autorités compétentes.

V. LES MARCHÉS DE L'ADMINISTRATION

1. Leur soumission principielle au droit privé.

En droit turc aussi, les marchés de l'administration, à savoir ses transactions semblables à celles entre les particuliers, tels que

58) L'affaire Zingal; RO t. 27, p. 877.

59) S. Derbil, op. cit. p. 424.

les contrats de vente, de bail, d'entreprise, etc., sont considérés par la jurisprudence concordante et constante des deux ordres juridictionnels, comme étant soumis au droit privé, alors même qu'une grande partie d'entre eux font l'objet d'un régime d'adjudication formelle, définie par la loi. Ce régime ne s'applique pas en principe aux marchés des organismes soumis au régime du budget public. En sont exempts surtout les marchés des entreprises publiques. Précisons que pour un marché de l'administration le fait d'être soumis audit régime d'adjudication ne manque pas d'avoir quelque répercussion sur son régime juridique. En effet, selon le Conseil d'Etat⁶⁰, le comportement de l'administration précédant la conclusion du marché constitue un acte administratif justiciable de la juridiction administrative. Les vues découlant de divers arrêts du Tribunal des Conflits indiquent que celui-ci aussi est enclin à admettre la même solution. Nous ne voulons pas nous étendre sur les problèmes délicats qui s'en suivent au point de vue du partage de compétence entre les deux ordres juridictionnels.

Ajoutons enfin qu'en droit turc, l'administration a, aussi dans le domaine du droit administratif, d'assez nombreuses relations contractuelles qui sont désignées, à l'exemple du droit français, comme des contrats administratifs. Ceux-ci comprennent tout d'abord deux types principaux, découlant de textes législatifs qui sont: 1) les contrats de concession minière, 2) les contrats de concession de service public de caractère économique. La pratique du Tribunal des Conflits tend à y ajouter d'autres types tels que 3) le contrat d'exploitation forestière ci-dessus mentionné (supra IV, 6b), 4) le contrat municipal de concession de réservoir pétrolier.

Or, la soumission au droit privé des marchés de l'administration constitue une source incomparable d'où jaillissent des problèmes délicats dans le domaine de droit privé contractuel. Nous relèverons les suivants:

2. L'effet des circonstances extraordinaires sur les contrats existants :

a) *Une vue du Conseil d'Etat*

Signalons tout d'abord que, pendant la période d'entre les

60) RCE, t. 59, p. 84.

deux guerres mondiales, le Conseil d'Etat turc s'est confronté une fois avec le problème de savoir si et de quelle manière les difficultés d'exécution considérables, particulièrement la hausse anormale des prix, résultant des circonstances extraordinaires et imprévues affecteraient les contrats existants. Il s'agissait du recours de la Compagnie des Communications sur la Corne d'Or à Istanbul. Le recours tendait à obtenir la modification de son contrat de concession — un contrat administratif comme il a été précisé ci-dessus —, conclu avant la première guerre mondiale. Le recours était fondé sur le bouleversement des prix ainsi que sur la réduction extraordinaire du nombre de voyageurs, résultant de circonstances survenues depuis la première guerre mondiale. Devant le refus réitéré de ses requêtes par les autorités administratives et confrontée avec des difficultés insurmontables pour elle, la Compagnie avait dû cesser le service. Cette dernière circonstance amena le Conseil d'Etat à rejeter le recours, malgré qu'il ait admis en principe l'application de la théorie de l'imprévision. En effet le Conseil d'Etat a reconnu que si le concessionnaire d'un service public se trouve en face de circonstances imprévisibles et si la continuation de gérer le service risque de le mener à une faillite, il a le droit de demander à l'administration la réparation de ses pertes. Mais il admet en même temps qu'une telle solution, s'inspirant des principes d'équité, exige que le concessionnaire continue de gérer le service et que, s'il cesse de la faire, il perd aussi le droit de demander une réparation, étant donné qu'il est censé renoncer à son droit de concession⁶¹. Cette solution ne cesse pas d'être critiquable étant donné les circonstances de l'affaire .

61) RCE, t. 3, p. 61 (1937).

62) **Turhan Feyzioğlu**, *İdare Hukukunda Emrevizyon Nazariyesi* (La théorie de l'imprévision en droit administratif), 1947; **Kemal Tahir Gürsoy**, *Hususî hukukta clausula rebus sic stantibus*, *Emrevizyon nazariyesi* (clausula rebus sic sanctibus en droit privé, la théorie de l'imprévision), 1950; **Abdullah Pulat Gözübüyük**, *Mecburî Sebepler ve Beklenmeyen Hâller* (les circonstances de force majeure et imprévue), 2e ed (1957), **Samim Gönensay**, *Mukavelenin tâdili veya feshi*, **Cemil Bilisel'e Armağan** (la modification ou dissolution du contrat, *Mélanges C. Bilisel* (1944).

b) *L'effet des circonstances exceptionnelles sur le contrat de droit privé.*

Depuis la seconde guerre mondiale, les tribunaux judiciaires ont souvent été confrontés avec ce problème. A son tour, la doctrine lui a consacré des études particulières⁶². Elle est en général favorable à ce que soient prises en considération les difficultés anormales, telles que le bouleversement des prix survenu après la passation du contrat. Quant aux tribunaux, tout en n'excluant pas une telle solution, ils l'ont généralement refusée dans des cas concrets venus devant eux, en se basant plutôt sur le manque de conditions sévères qu'ils exigent⁶³.

c) *L'art 365 II CCT (l'art. 373 II CCS)*

C'est l'effet des circonstances extraordinaires sur les marchés des travaux publics qui donne lieu à des litiges fréquents entre l'administration et ses entrepreneurs. Comme on le sait, l'art. 365 II CCT (art. 373 II CCS) permet au juge, dans de pareils cas, soit d'augmenter le prix stipulé, soit de résilier le contrat. Les conditions d'une telle solution occupent aussi bien les tribunaux que les organismes administratifs contractants. Elles occupent aussi le Conseil d'Etat dans sa formation administrative. En effet, dans de pareilles circonstances, les autorités administratives sont assez souvent enclines à satisfaire les demandes de modifications de leurs contractants, surtout afin d'obtenir la continuation de l'exécution du contrat dont elles ont besoin. Comme la modification amiable des contrats d'importance nécessite l'avis préalable du Conseil d'Etat, celui-ci est amené, dans sa formation administrative, à prendre position sur le problème. Ses avis administratifs étant rarement publiés, il est difficile d'obtenir des informations exactes au sujet des solutions qu'il préconise. Pourtant, le Conseil d'Etat paraît adapter ses avis aux circonstances des cas concrets.

Deux ordres de questions causent des difficultés particulières. Premièrement, le degré de difficulté permettant l'intervention du juge; en second lieu, la question de savoir si une renonciation contractuelle et préalable aux droits résultant de la disposition dont il s'agit est valide. C'est surtout cette dernière question qui a occupé

63) Voir les cas cités par K. T. Gürsoy, op. cit., p.p. 70 et sv.

la Cour de Cassation ces dernières années. En effet, les cahiers de charges inclus dans de pareils contrats de l'administration contenaient des clauses excluant des demandes d'augmentation des prix du contrat par suite de hausse des prix. La Cour de Cassation, en se référant à la doctrine suisse, considéra une pareille clause comme excluant les réclamations résultant de l'article en question, sous réserve de la règle de la bonne foi. (*Annexe 19*). Cette solution nous paraît peu justifiée.

VI. LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LE DROIT PRIVÉ.

1. Le régime juridique.

En droit turc, l'administration publique est tenue pécuniairement responsable pour les dommages résultant de son fonctionnement défectueux, non seulement dans le domaine du droit privé, mais aussi sur le plan du droit administratif. En effet, il est un principe bien établi par la jurisprudence du Conseil d'Etat que l'administration publique doit répondre aussi de son comportement dans le cadre du droit administratif. Le régime juridique de ses responsabilités, ainsi que le partage de la compétence juridictionnelle, sont liés au régime des activités dont elles résultent. Par conséquent, la responsabilité administrative résultant de ses opérations régies par le droit administratif est justiciable du droit et de la juridiction administratifs. Au contraire, celle qui résulte de ses activités de droit privé, est soumise à celui-ci et à la compétence judiciaire.

2. Les difficultés de distinction.

Précisons tout d'abord que, selon la jurisprudence constante, les cas de responsabilité de l'Etat précisés par le Code Civil ainsi que par la loi sur la poursuite pour dette et faillite, malgré qu'ils soient liés à des activités de droit public, rentrent dans la compétence judiciaire. Celle-ci applique ces textes particuliers dans le cadre des principes du droit privé. La détermination du domaine juridique des divers cas de responsabilités administratives, par conséquent de la compétence juridictionnelle, sont des problèmes qui occupent souvent le Tribunal des Conflits et qui donnent

lieu à des divergences de vue sur son sens, qui mènent ainsi à des décisions majoritaires⁶⁴.

C'est le cas par exemple en ce qui concerne la responsabilité administrative pour les dommages que les biens publics causent à leurs voisins. Selon la majorité du Tribunal, il s'agit de dommage du service public. Par conséquent, le cas rentre dans les domaines du droit et de la juridiction administratifs, tandis que la minorité soutient l'application du droit privé et la compétence judiciaire.

Un autre cas de difficultés très fréquent est la responsabilité administrative par suite des accidents causés par les voitures à moteur de l'administration (cfr. supra If.). Ici aussi, deux conceptions se confrontent au sein du Tribunal des Conflits. Diverses justifications sont avancées. Les plus importantes en sont les suivantes: selon l'une de ces conceptions, il s'agit d'un fait lié au fonctionnement du service public qui entraîne la soumission au droit et à la juridiction administratifs; selon l'autre, il est question d'une violation des règles de trafic s'appliquant également aux particuliers. Par conséquent, le cas tombe sous le droit privé et la compétence judiciaire. La solution admise chaque fois change avec la composition de la majorité. Actuellement, la majorité est en faveur de cette dernière solution.

Soulignons que ces difficultés sont liées à la différence des solutions que les cas en question reçoivent suivant le régime juridique. En effet, le Conseil d'Etat paraît exiger une *faute grave* de service pour déclarer l'administration responsable. Les cas de responsabilité sans faute, admis par lui, sont extrêmement rares. Par contre, le régime de responsabilité dans le cadre du droit privé, tel qu'il est manié par la Cour de Cassation, est beaucoup plus favorable au particulier. Il est à signaler que, par un arrêt unificateur rendu en 1957, la Cour de Cassation a attribué à la responsabilité de l'employeur (art. 56 CO) le caractère d'une responsabilité sans faute⁶⁵.

64) T.C. RO t. 36, p. 1860 (à l'unanimité); t. 38, p. 1526 (à la majorité).

65) RO t. 38, p. 1521 et sv. Voir note Oğuzman İstanbul Huk. Fak. Mec. (Revue de la Faculté de Droit d'Istanbul, t. XXIII, 1958, pp. 182 et sv.

D'autre part, les recours à la juridiction administrative sont soumis, à la différence des cas judiciaires, à un très court délai de 90 jours. En outre, ce délai est calculé par la jurisprudence du Conseil d'Etat à partir des faits dommageables, et non — comme il serait convenable de lege lata aussi — à partir d'une décision préalable par laquelle l'administration prendrait position vis-à-vis de la réclamation du particulier.

Dans ces conditions, il est naturel qu'au sein du Tribunal des Conflits, des tendances en faveur du droit privé et de la compétence judiciaire se manifestent et que les avocats défendant les causes des particuliers préfèrent aller devant les tribunaux judiciaires.

Nous terminerons notre exposé du sujet en souhaitant voir la jurisprudence du Conseil d'Etat évoluer vers des solutions plus justifiées, à l'instar de ses jurisprudences dans beaucoup d'autres matières où elle a atteint un haut degré de perfection, de manière à provoquer l'intervention législative pour éliminer le contrôle juridictionnel.

ANNEXES



ANNEXES

ANNEXE 1.

Le principe indiqué dans le texte découle de quelques arrêts récents du Tribunal des Conflits¹, qui furent rendus à l'occasion des conflits de compétence élevés relativement aux procès pendants auprès des tribunaux judiciaires. Il s'agissait d'actions en revendication en indemnité par suite de l'interférence administrative dans la propriété privée. Le T.C. admet qu'une telle revendication ou indemnité étant régie par le droit privé, la compétence en revenait à l'ordre judiciaire et que la légalité de l'interférence administrative dont le sort du procès dépendait, n'était plus qu'une question préjudicielle donnant seulement lieu, au cas échéant, à un sursis au procès pour attendre la décision de la juridiction administrative. Les cas où une telle attente est nécessaire pour les tribunaux judiciaires ne sont pas encore clarifiés par la jurisprudence. Pourtant il apparait des arrêts publiés que les tribunaux judiciaires se considèrent compétents pour juger eux-même la légalité des actes administratifs soit dans le cas où ceux-ci sont destinés à édicter des règles juridiques, soit lorsqu'il s'agit d'une responsabilité pénale ou civile.

La juridiction administrative aussi peut se trouver, comme un cas décidé par le Conseil d'Etat le montre², devant une question préjudicielle du droit privé. Cependant nous n'avons pas relevé de cas où elle s'est décidée à attendre la décision préalable de la juridiction judiciaire.

ANNEXE 2.

Exemple : RCE 46-49, 24, (1949).

Dans l'espèce le Conseil d'Etat a rejeté l'application par analogie de l'article 86 COT (87 COS) aux dettes fiscales et, n'ayant pas construit une autre solution par lui-même, a reconnu comme légalement inattaquable la décision unilatérale de l'autorité fiscale. Pourtant à cause des particularités des cas, le résultat serait le même, si même le Conseil d'Etat avait raisonné autrement. Car il s'agissait d'un impôt extraordinaire prélevé sur le patrimoine pendant la seconde guerre mondiale dont l'acquittement primait toutes autres dettes fiscales, même au point de vue du contribuable. D'ailleurs le recours était introduit après la remise par la loi du reste du dit impôt. Mais le principe énoncé à cette occasion par le Conseil d'Etat n'était pas satisfaisant. Actuellement la question se trouve être réglée par la loi sur la poursuite des dettes publiques qui a introduit (art. 47) une solution quelque peu similaire à celle du CO.

1) RO t. 38, p. 1225 et p. 1376; t. 39 p. 7; t. 40 p. 878.

2) RCE t. 50-53 p. 588 et sv. (1951) où le sursis au procès n'est pas admis.

ANNEXE 3.

Le Conseil d'Etat turc a énoncé à plusieurs reprises³ que les dispositions du Code de Procédure Civile, — emprunté comme on le sait au Code Neuchâtelois — ne s'appliqueraient pas même par analogie dans le domaine du contentieux administratif, sauf les cas, d'ailleurs assez nombreux, où la loi sur la procédure de contentieux administratif l'ordonne expressément. Cette conception négative est injustifiée et surtout lorsque le Conseil d'Etat ne construit pas autrement une solution convenable, même à des résultats peu satisfaisants. Néanmoins le Conseil d'Etat, malgré l'apparence catégorique de sa formule précitée, n'observe pas dans tous les cas une attitude négative vis à vis de l'analogie en question. L'exemple caractéristique en est la pratique du Conseil d'Etat relativement à l'application par analogie de l'article 193 du Code en question. (Art. 68 COT) dans le contentieux administratif dont la loi procédurale ne contient aucune disposition à ce sujet. Cet article accorde, lorsqu'une demande est annulée pour défauts précisés par la loi ou rejetée du chef de l'incompétence du tribunal saisi, un délai supplémentaire de 10 jours pour le réintroduction d'une nouvelle demande, dans le premier cas auprès de la même instance, dans le second cas devant le tribunal compétent.

Une première hésitation du Conseil d'Etat à ce sujet, qui concernait les procès administratifs incompétement portés devant les tribunaux judiciaires, fut éliminée par l'interprétation légale No. 171 (1931), en déclarant applicable le délai supplémentaire du dit article pour leurs réintroductions auprès de la juridiction administrative. Une autre hésitation qui a surgi au sein du Conseil d'Etat relativement au cas où il rejette une demande à cause de son cumul injustifié avec une autre demande dans un même procès, fut liquidée par lui même avec un arrêt unificateur⁴ déclarant applicable par voie d'analogie le délai supplémentaire de 10 jours prévu par l'article mentionné. Mais l'hésitation du Conseil d'Etat continue sous d'autres aspects sur le même sujet.

Dans une série de cas assez récents (1952-1953) il s'agissait des recours d'ex-officiers attaquant les actes relatifs à leur droit de pension⁵. Ceux-ci les avaient portés tout d'abord devant la Cour de Cassation militaire à l'époque (avant 1953) où celle-ci servait aussi comme Cour administrative dans les matières concernant le statut du personnel militaire. La Cour militaire s'étant déclarée incompétente, les recours furent portés ensuite au Conseil d'Etat. Entretemps le délai initial de recours (90 jours) s'étant écoulé, leur sort dépendait, faute d'autre disposition légale, de l'application par analogie de l'article précité du Code de Procédure Civile. Le Conseil d'Etat refusa l'analogie et, par

3) Aussi dans l'arrêt unificateur cité infra No: 4.

4) RO, 32 p. 1994, (1951).

conséquent, déclara les dits recours comme irrecevables à cause de l'expiration du délai. Le Conseil d'Etat observa jusqu'aux derniers temps une pareille attitude négative aussi relativement aux frais du procès, surtout aux honoraires des avocats dans le contentieux administratif. Il refusa de les mettre à la charge de la partie perdante, — sauf les frais propres au jugement —, en n'admettant pas d'application par analogie les articles respectifs du Code de Procédure civile (Art. 15 et 412 et suiv.). Il avait même fixé son refus dans un arrêt unificateur⁶. Pourtant ce refus étant désavoué par le Tribunal des Conflits⁷, il dût revenir sur son arrêt⁸, en laissant aussi la porte ouverte à une évolution positive de sa jurisprudence en cette question, évolution qui paraît déjà avoir commencé. Relativement à l'espèce, notons que les particuliers qui n'avaient pas obtenu un jugement sur les frais en question, allaient souvent devant les tribunaux judiciaires. Mais la Cour de Cassation a clos cette voie par un arrêt unificateur⁹ rendu à la même époque que le jugement en question du tribunal des Conflits; l'arrêt déclare l'ordre judiciaire incompétent sur le motif que ces frais étant les accessoires du procès principal, ils rentraient dans la compétence de la juridiction administrative.

Ajoutons enfin qu'il y a des lacunes procédurales que le Conseil d'Etat n'hésite pas à combler par l'analogie du Code de Procédure Civile. C'est le cas du désistement et de l'acquiescement qui surviennent dans le contentieux administratif¹⁰.

ANNEXE 4.

Exemples de refus d'analogie.

RCE 70,55 (1954) où il est affirmé que les dispositions financières ne se prêtent pas à l'extension par l'analogie.

RCE 46-49, 64 (1950) où il est refusé d'appliquer par analogie la disposition de loi municipale sur l'annexion, à la requête de sortie. Le cas était le suivant: Un village avait été annexé sur son désir à la municipalité de la ville voisine et, par conséquent, était devenu son quartier. Il sollicitait maintenant sa séparation. Le cas n'était pas prévu

5) RCE t. 54-57, p. 371; t. 58, p. 165; t. 61, p. 75.

6) RO t. 35, p. 1845 (1954).

7) RO t. 38, p. 64 et suiv. Réaffirmé *ibid.* p. 206 et suiv. Le tribunal paraît s'inspirer de la critique substantielle adressée au point de vue précité du Conseil d'Etat par **Lutfi Duran**, *İst. Baro Dergisi*.

8) RO t. 38, p. 484.

9) RO t. 38, p. 1697.

10) Voir **Şeref Hocaoğlu**, *Devlet Şurası ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları hülâsası*. (Résumés des arrêts du C.E. et du T.C.) p. 56, 93.

par la loi; le succès de la requête dépendait de l'application par analogie de la disposition sur l'annexion à une municipalité. Le Conseil d'Etat ne l'a pas admis.

ANNEXE 5.

La Cour de Cassation a exprimé son point de vue dans un arrêt unificateur¹¹ qu'elle a rendu pour éliminer la divergence de vue à l'intérieur de l'ordre judiciaire sur la question de savoir si les redevances pour l'utilisation de l'appareil récepteur de radio était de nature fiscale ou civile. L'arrêt se prononce dans ce dernier sens. Il est basé sur les considérants suivants: les services dont on bénéficie contre le paiement d'un prix et sous certaines conditions, n'ont pas de caractère public; ils revêtent au contraire une nature contractuelle. De pareils contrats dont les particuliers bénéficient en se conformant aux conditions prédéfinies et en payant un prix, sont des contrats d'adhésion. Du fait qu'ils se manifestent par l'offre faite de la part de l'administration sous forme de la présentation au public de certaines conditions fixées préalablement et sur l'acceptation tacite de celles-ci de la part du particulier en bénéficiant du service, et puisqu'ils ont leurs équivalents dans le domaine du droit privé tel que les contrats d'assurance ou de transport, eux-même sont de la même nature que ces derniers contrats. A cette catégorie appartiennent surtout les entreprises publiques pour lesquelles prédominent le caractère commercial ou industriel, telles que les chemins de fer, le tramway et les autres moyens de communication, les services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité et le radio. Les considérants de l'arrêt continuent, en guise d'exemple, comme suit: "Lorsque les chemins de fer sont exploités par l'Etat, comme c'est le cas chez nous, on doit admettre qu'il s'agit d'une entreprise commerciale, que les rapports entre les passagers et les expéditeurs d'un côté et les chemins de fer de l'autre sont régis par les règles du droit privé et que, par conséquent, la situation du particulier vis à vis d'une telle entreprise de transport est de nature contractuelle et qu'un tel contrat n'est qu'un contrat de transport. Or l'admission de nature contractuelle pour le rapport entre le particulier et les chemins de fer implique aussi l'attribution du même caractère au prix payable par le particulier, quoique celui-ci ait été établi par un tarif préalable. Tel est le cas pour le service de téléphone, de gaz et d'électricité où le particulier et l'administration concluent un contrat appelé contrat d'abonnement qui spécifie les règles régissant le rapport entre eux". Enfin, les considérants de l'arrêt citent aussi le service de la poste et ajoutent que, lorsqu'un "service public" est "de caractère industriel ou

11) RO, t. 26, p. 133, (1944).

commercial", l'utilisation d'un tel service par le particulier n'est possible le plus souvent que moyennant un contrat.

La même vue est énoncée aussi par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un recours contre les P.T.T.¹². Le recours tendait à l'annulation de l'acte de la dite administration imposant à la société requérante des frais pour la réinstallation de la ligne téléphonique qui était, selon la requérante, injustement coupée.

Le Conseil d'Etat se déclare incompétent. Les considérants en sont les suivants: "Comme le litige concerne une dette relative à un contrat d'abonnement qui est l'un des contrats d'adhésion, du fait qu'il découle de l'offre faite par l'administration sous forme de la présentation au public de certaines conditions fixées par elle préalablement d'une part et de leur acceptation par le particulier bénéficiant du service moyennant un prix, d'autre part, il est régi par les règles du droit privé et entre dans la compétence des tribunaux judiciaires."

ANNEXE 6.

A l'échelle locale¹³ les administrations des villages d'une part, celles des villes de l'autre, ainsi que les administrations locales des vilayets (départements), toutes étant organisées suivant le principe de décentralisation administrative territoriale, sont munies de la personnalité morale et mises en principe sous la haute direction totale ou partielle des élus de la population locale. En outre, les quartiers des villes constituent, comme continuation d'une tradition historique, une espèce d'unité administrative dont les organes élus par la population rendent certaines services d'attestations et de recensement. La loi ne parle pas de leur personnalité morale, d'autant moins que leurs revenus consistant en contre-parties de services rendus sont attribués au chef élu de l'unité (muhtar) à titre de rémunération ainsi que comme compensation de ses frais.

ANNEXE 7.

Les établissements publics avec la personnalité morale sont nombreux et variés.

1 — Ce mode s'applique à une grande partie des entreprises économiques de l'Etat gérées par des établissements publics. Rappelons qu'en Turquie ces monopoles fiscaux d'une part, les services publics tel que les P.T.T., chemins de fer de l'Etat de l'autre, sont administrés sous cette

12) RCE. t. 40, p. 196. 1948.

13) Voir en langue étrangère, **Albert Gorvine**: An outline of Turkish Provincial and Local Government, Ankara, 1956; **Hanson** etc. Studies in Turkish Local Government, Ankara, 1955.

forme. Sauf l'administration des monopoles qui est un organisme de droit public, à en juger selon sa structure etc., les autres sont soumis par la loi expressement au droit privé.

2 — Il s'applique aux entreprises sociales de l'Etat telles que l'Administration des Bureaux de placements, l'Etablissement des Assurances ouvrières, la Caisse des pensions; tous ces organismes sont soumis au droit privé directement par la loi.

3 — Il s'applique aux institutions culturelles telles que les Universités et leurs Facultés¹⁴, la Direction Générale des Théâtres de l'Etat, l'Institut des recherches minières, l'Administration d'Etude de l'électricité.

4 — Aux établissements des travaux publics, tels que la Direction Générale des Ponts et Chaussées et celle des installations hydrauliques; enfin, aux établissements tels que la Direction générale des forêts.

Sauf l'établissement des recherches minières et celui d'Etude de l'électricité, qui tous les deux sont soumis au droit privé par la loi, les autres sont des institutions de droit public.

5 — Enfin, à l'échelle locale, il s'applique aux établissements gérant les services publics économiques de municipalité, tel que le gaz, l'électricité, les autobus. Ceux-ci aussi sont soumis par la loi au droit privé.

ANNEXE 8.

Selon la loi sur la comptabilité publique, alors que tous les revenus ainsi que les immeubles de l'Etat sont administrés par le Ministre des Finances en sa qualité de gérant du Trésor de l'Etat, qui en général est désigné simplement par le titre de Trésor (Hazine), les divers départements apparaissent être comme une sorte d'ayant droit des biens mobiliers de leurs services. La loi mentionnée parle (art. 17) des biens mobiliers appartenant aux dits départements. Particulièrement sa disposition (art. 23) concernant les immeubles de l'Etat est caractéristique à cet égard. Après avoir affirmé que tous les immeubles appartenant à l'Etat sont enregistrés au nom du Trésor et gérés par le Ministre des Finances, elle ajoute que leurs affectations aux divers départements peuvent être faites sans loyer. Il s'agit donc d'un patrimoine séparé dans les mains de départements respectifs. De cette conception diverses conséquences sont tirées par les dispositions légales. Ainsi la disposition de la loi sur les marchés de l'administration, simplifiant la conclusion des marchés entre les diverses organismes publics, est conçue de manière à embrasser la conclusion de pareils marchés entre les divers départements de l'Etat¹⁵.

14) Nous laissons de côté l'Université du Moyen Orient, récemment constituée à Ankara qui est une institution sui generis.

15) Art. 66 de la loi de No 2490 en date de 1934.

Surtout la loi sur l'arbitrage dans les litiges entre les organismes publics concernant les matières revenant à la compétence des tribunaux judiciaires, prévoit un mécanisme d'arbitrage aussi sur de pareils litiges surgissant entre les départements qui relèvent du budget général¹⁶.

Une autre conséquence de la conception mentionnée est que dans les litiges avec les particuliers, c'est aux départements respectifs de l'Etat qu'en reviennent la légitimation active et passive. Cette solution est poussée très loin par le Conseil d'Etat qui exige l'introduction de recours contre l'autorité compétente même à l'intérieur du département. Faute de quoi, il rejette le recours du chef d'un choix erroné de l'autorité adverse.

Cette rigueur avait l'inconvénient que le délai très court - 3 mois - du contentieux administratif étant expiré entretemps, l'introduction d'un nouveau recours contre l'autorité compétente, était nécessaire. Cependant une modification à la loi sur le Conseil d'Etat en 1946 a obvié à cet inconvénient, en prévoyant un délai supplémentaire de 10 jours pour l'introduction du nouveau recours.

ANNEXE 9.

Parmi les ordres professionnels obligatoires les Barreaux, les Chambres de commerce et d'industrie, ainsi que les Bourses commerciales existent depuis longtemps. Les autres sont, comme organisations obligatoires, assez récents. Pour cette raison les décisions juridictionnelles existantes se rapportent généralement aux anciennes organisations. Les ordres professionnels en question et les catégories d'espèce décidées jusqu'ici sont les suivantes :

1 — Les Barreaux. Ils sont régis actuellement par une loi de 1938 sur les professions d'avocat qu'elle qualifie (Art. 22/1) comme étant "une profession à nature de service public". Les Barreaux sont organisés régionalement. Des tentatives d'en former une Union nationale n'ont pas encore abouti. Chaque Barreau a sa propre personnalité morale, et un bureau élu par ses membres. Le bureau est en même temps le corps disciplinaire de la profession. Le corps suprême de discipline est un organe présidé par le Premier président de la Cour de Cassation et composé de membres choisis par le Ministre de la Justice parmi les membres de la dite Cour et les avocats désignés par les Barreaux. Sa décision est définitive (Art. 114/II). Les Barreaux se trouvent sous la tutelle administrative du Ministre de la Justice. Pourtant son pouvoir

16) Loi No: 3533 en date de 1938, JO, t. 19, p. 1669. Voir aussi l'interprétation légale No: 1270 en date de 1942, JO, t. 23, p. 213 qui spécifie dans ses considérants le caractère juridictionnel de la procédure.

17) RCE, t. 28, p. 58, 1945.

de tutelle est limité selon la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁷ aux cas spécifiés par la loi.

La profession d'avocat exige outre la nationalité turque, la formation juridique et le stage ou l'expérience pratique. L'admission à un barreau, est soumise à confirmation par le Ministre de la Justice qui délivre un certificat à ce sujet. Notons qu'en Turquie le recours à un avocat n'est pas indispensable, chacun pouvant poursuivre personnellement ses propres procès. Mais les mandataires pour des procès doivent être choisis parmi les avocats.

Les Barreaux ne sont pas qualifiés par la loi expressément comme des établissements publics au sens d'institution de droit public. Mais ils sont considérés comme tels¹⁸. Par conséquent leur contrôle juridictionnel relève de la juridiction administrative. Pourtant, les cas y relatifs ne sont pas faciles à trouver. En effet, les espèces publiées sont en général relatives au refus d'admission à la profession sous ses divers aspects¹⁹. Or, comme la décision finale à ce sujet appartient au Ministère de la Justice, les recours sont intentés contre celui-ci.

2 — Organismes professionnels des commerçants. Ces organismes sont constitués par des Chambres de commerce, d'industrie et des Bourses commerciales. Elles sont toutes qualifiées par la loi comme des établissements publics et réunies en une fédération. Chacun des organismes en question possède sa propre personnalité morale et est dirigé par des organes élus à l'aide d'un secrétariat. La tutelle administrative revient au Ministère du commerce. L'affiliation est obligatoire pour les commerçants. Les petits commerçants sont exceptés. Ceux-ci constituent une catégorie séparée et ont leurs propres organisations d'associations libres²⁰.

3 — Les autres ordres professionnels sont :

- a. L'Union des médecins turcs (avec des chambres régionales); loi de 1953.
- b. L'Union des pharmaciens turcs (loi de 1956)).
- c. L'Union des chambres d'ingénieurs et d'architectes. (loi de 1954).

4 — Selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat ces organismes ont, dans leurs domaines professionnels, une espèce d'autorité administrative dont les actes sont justiciables de la juridiction administrative²¹.

18) Voir la décision du Conseil d'Etat citée supra No: 1 où cette qualité est déduite du caractère du service public de la profession.

19) Voir les cas rapportés par Ş. Kocaoğlu, Op. cit. p. 9 et suiv.

20) La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans cette direction.

21) Voir les cas rapportés par Ş. Hocaoglu, Op. cit. p. 786 et suiv. Les cas jugés jusqu'ici concernent généralement les Barreaux et les ordres des commerçants, les autres ordres étant encore nouveaux.

ANNEXE 10.

RCE t. 46-49, p. 172.

Le requérant était destitué du poste de directeur de la Caisse d'Epargne qui est un établissement étatique autonome, muni de la personnalité morale et soumis au droit privé. La mesure avait été prise à la demande du Ministre du commerce, par la Banque Agricole, également institution étatique, qui a ladite caisse sous sa surveillance. Dans ce recours, introduit contre le dit Ministère, le Conseil d'Etat admet sa compétence, du fait que le cas tombe sous la loi et les règlements relevant du droit public.

ANNEXE 11.

1 — Après une longue période de refus le Conseil d'Etat a admis sa compétence par un arrêt unificateur en date de 1944 dans les recours relatifs aux questions de barème, introduits par les fonctionnaires de droit privé²². La même opinion est partagée par le T.C.²³. Mais celui-ci a décidé²⁴, dans une espèce relative aux frais de voyage, en faveur de la compétence judiciaire.

ANNEXE 12.

RO. t. 28, p. 24.

Arrêt unificateur de la Cour de Cassation en date de 1943.

Les conclusions de l'arrêt sont les suivantes :

"La prescription de la responsabilité que les fonctionnaires encourrent, soit envers les particuliers, soit vis à vis de l'Etat, tombe aussi sous l'article 60 du Code des Obligations. Car les relations entre l'Etat et le fonctionnaire sont régies par le droit public. Elles ne peuvent pas être assimilées aux contrats de droit privé. Or les prescriptions édictées par les articles 125 et 126 - les articles 127 et 128 du COS - ne visent qu'exclusivement les relations contractuelles de droit privé.

ANNEXE 13

Contrairement au Medjellé l'abolition du Code des terres n'est pas expressément édictée par la loi. Elle découle implicitement de l'incompatibilité de son régime avec celui du Code Civil. Cette situation a donné lieu dès le début à une divergence de vue au sujet du degré d'abolition du dit Code. Tandis que la majorité de la doctrine admet l'aboli-

22) RCE. t. 40, p. 10.

23) RO, t. 30, p. 1270.

24) RO, t. 36, p. 12.

tion complète du code en question - cette conception fut aussi à la base de certaines actes législatifs remontant au début de l'entrée en vigueur du Code Civil²⁵ -, une partie la nie. D'après cette dernière opinion, le code rural ne serait aboli que partiellement, à savoir dans la mesure où ses dispositions individuelles sont incompatibles avec le code civil. Comme on le sait, l'objet principal du dit code était la réglementation des terres dites miri (étatiques), dont l'Etat était sensé avoir la nue propriété et les particuliers seulement le droit de possession et d'utilisation.

Les terres rurales tombaient en principe sous ce régime. Donc le code des terres était *sedes-materiae* dans le domaine du droit réel immobilier. Cette partie du code est considérée aussi par les partisans de l'abolition partielle comme éliminée par le code civil, puisqu'elle ne cadre pas avec le régime de propriété foncière introduit par celui-ci. Notons toutefois que, parmi les juristes turcs, il en est²⁶ qui considèrent le régime miri plus progressif — puisque facilement ouvert à la pénétration des idées sociales — en comparaison de la conception individualiste du code civil et regrettent son élimination. Pourtant l'attribution de la nue propriété à l'Etat s'était réduite, dans son stade final, le régime ayant abouti, au cours du temps, à une pure fiction sans effet pratique. Par conséquent son maintien ne comporterait pas d'avantages pratiques, mais entraînerait des complications inutiles d'ajustement.

Selon les partisans de l'abolition partielle, parmi les dispositions du code rural, celles qui n'ont pas leurs équivalents dans le code civil, continuent à être en vigueur. Ce serait le cas pour les dispositions du dit code relatives aux terres laissées à l'usage commun et aux terres mortes, c'est-à-dire sans maîtres²⁷.

La conception de l'abolition partielle fut pratiquée à une époque par la Cour de Cassation qui considère comme étant en vigueur l'article 45 du code en question, reconnaissant aux villageois le droit de préemption en cas de vente d'une terre située dans leur village à quelqu'un qui habite hors de celui-ci.

Pourtant la Haute Cour a abandonné cette solution en 1943 par un arrêt unificateur²⁸, sans toutefois renoncer expressément à la conception de l'abolition partielle. Cependant, dans un arrêt rendu en 1951, dans un cas rentrant dans la catégorie des biens laissés à l'usage commun au sens du code des terres, elle qualifie celui-ci comme aboli et se rallie ainsi à la conception de l'abolition totale²⁹. Enfin, un arrêt unificateur

25) Voir les indications données par S. S. Onar, La théorie du domaine public en droit turc, Mélanges Mardin p. 519 et suiv.

26) Comme S. S. Onar, Op. cit. p. 522 et suiv.

27) S. S. Onar, Principes généraux du droit administratif, p. 915.

28) RO, t. 24. p. 394.

rendu en 1956, relativement à la même catégorie de biens, tout en évitant une pareille admission, l'implique plutôt³⁰. Signalons qu'une interprétation légale survenue immédiatement après cet arrêt unificateur relativement à la même question interprète la disposition respective du Code dont il s'agit sans préciser d'ailleurs s'il le fait en le considérant en vigueur actuellement aussi ou seulement pour le passé³¹.

A notre avis, c'est l'abolition complète qui est justifiée. Car toutes les dispositions du code en question, y compris celles relatives aux terres en usage commun, étaient en connexion avec son objet principal, c'est-à-dire avec le régime du miri que l'on considère généralement comme ayant pris fin.

Donc il n'y a pas lieu de les traiter différemment de ce dernier. D'ailleurs les réglementations qu'elles contiennent sont très incomplètes, de sorte que leur maintien n'aurait pas beaucoup d'intérêt pratique.

ANNEXE 14.

1. Le Conseil d'Etat s'est prononcé au sujet de la question de savoir si le régime de la propriété privée est applicable ou non aux biens publics. Dans un arrêt unificateur rendu à l'occasion de tentatives³² des municipalités urbaines d'exproprier les sources d'eau satisfaisant aux besoins collectifs des villages, il déclara ce mode d'expropriation comme inapplicable à de pareilles sources, étant donné qu'elles ne font pas l'objet de propriété privée et qu'elles rentrent dans la catégorie du domaine public. Ajoutons qu'à part cette considération formelle, il souligne que s'il était permis aux organismes administratifs de manier le mode d'expropriation l'un contre l'autre, la marche des services publics incombant à ce dernier en aurait souffert et qu'il appartenait

29) Cité par Kâmil Tepeci, membre de la Cour de Cassation, *Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi* (Le code civil turc annoté et expliqué) II éd. p. 139 (Il s'agit d'une réclamation relative à une source d'eau affectée à l'usage commun; arrêt de la première section civile rendu en 1951).

30) RO, t. 37, p. 2127 suiv. (Rendu en 1956) L'arrêt se réfère au code des terres comme s'il n'était en vigueur qu'avant le code civil, prend en considération les articles 641 et 912 du CCT. (art. 664 et 944 C.C.S.) ainsi que la législation ultérieure et conclut à l'inadmissibilité d'autres preuves que le registre foncier ou l'acte administratif d'affectation pour établir la qualité de pâturage d'été d'une terre.

31) Décision parlementaire No: 2024, RO, t. 37, p. 2047, où est déclarée admissible toute preuve, y compris la preuve testimoniale et d'expertise pour établir la qualité de pâturage d'une terre.

32) RO t. 34, p. 1236 et suiv. (rendu à l'unanimité en 1953).

donc aux autorités compétentes de procéder dans le cadre de la législation existante, le cas échéant selon les principes généraux, aux ajustements nécessités par les besoins mutuels.

Ajoutons qu'entre temps la nouvelle loi sur l'expropriation en date de 1956 prescrit pour toute transmission des biens d'une personne morale publique à l'autre le mode de transaction amiable entre elles; en cas d'insuccès elle remet la matière dans les mains du Conseil d'Etat en sa formation administrative, tout en réservant la compétence judiciaire relativement au montant de l'indemnité à payer. (Art. 31).

2. Quant aux textes légaux, la loi d'attribution de terre aux cultivateurs³³, considère les pâturages d'hiver et d'été (mera ve yaylak) comme ne pouvant faire l'objet de propriété privée. La loi sur l'enregistrement des immeubles dit que tous les immeubles dont l'affectation aux besoins publics de collectivités locales est dûment établie seront laissés à leur usage sans que cela entraîne l'inscription au registre foncier et que de pareils biens ne feront pas, sous réserve des dispositions particulières, l'objet de propriété privée³⁴. Une pareille disposition particulière paraît être envisagée par l'article 159 de la loi des municipalités des villes de 1930 qui leur confère la possession, la gestion et la garde (avec tous les droits et obligations respectifs), entre autres des promenades publiques, des places de moisson, des pâturages, etc.

ANNEXE 15.

1. Voir Saymen-Erman-Elbir: Türk içtihatlar Külliyyatı. — Recueil de la jurisprudence turque — 1953 I. p. Arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation.

La vente d'un terrain faisant partie des communs d'un village n'est pas valable, tant qu'il n'est pas désaffecté et inscrit au registre foncier comme propriété privée du village. Il s'agissait d'un terrain qui faisait partie du chemin rural et qui, considéré comme superflu, avait été vendu au demandeur par l'administration villageoise par voie d'adjudication publique. Le procès visait à la cassation de l'interférence de sa part. L'instance inférieure avait donné lieu à la demande en admettant la validité de la vente et du transfert de la possession. Le jugement a été cassé par la Cour de Cassation pour les motifs ci-dessus indiqués.

2. Les cas sont assez nombreux où la Cour de Cassation et les tribunaux subalternes sont unanimes à déclarer l'acquisition par voie de prescription comme exclue. Voir, par exemple, Saymen etc. (Op. cit.

33) L'art. annexe 6 de la loi No: 5618 de 1950 portant modification de la loi d'attribution de terres aux cultivateurs, RO t. 31 p. 1907.

34) L'art. 14 de la loi No. 5602 (1950), RO t. 31 p. 1776.

année 1951, I, p. 115, tribunal de première instance et Cour de Cassation). Le terrain en discussion étant une parcelle de pâturage ne peut être acquis par voie de prescription. Les défendeurs soutenaient qu'ils l'avaient améliorée et l'occupaient depuis de longues années. Le procès visait à l'annulation de l'inscription au registre foncier qu'ils avaient obtenue. Les Cours lui donnent raison par le motif indiqué. Autres exemples (*ibid.* année 1953, I. 72).

ANNEXE 16.

Que le point de départ du C.C.T. soit l'admission du régime de la propriété du droit privé pour les biens publics découle de l'article 641 qui soumet, à défaut de preuve contraire, l'exclusion de la propriété privée, même pour des choses telles que les eaux publiques, glaciers, etc. Il découle aussi de l'article 912 du C.C.T. (l'art. 944 du C.C.S.) qui envisage la possibilité de droits réels sur les immeubles à usage public de nature à entraîner l'immatriculation au registre foncier. Ceci d'ailleurs est reconnu par la doctrine turque³⁴, malgré qu'elle favorise l'élimination du régime de propriété des biens publics³⁵.

Quant aux textes spéciaux mentionnés ci-dessous (*supra*, annexe 14, 2) la formule de ne pas être l'objet de propriété privée, n'entraîne pas à elle seule toute exclusion de ce régime. Car elle peut être entendue dans le sens de n'éliminer que le transfert à un particulier. Pourtant la disposition de la loi sur l'enregistrement paraît avoir en vue l'exclusion de toute propriété privée, sauf les dispositions contraires, telle que celle de la loi des municipalités mentionnée dans la même annexe.

ANNEXE 17.

En s'inspirant d'une tradition de l'ancien droit, la loi a introduit depuis 1933, pour la possession immobilière, la protection administrative. D'après la dite tradition le détenteur d'un immeuble dont le droit était attesté soit par le registre foncier, soit par un acte équivalent, jouissait de la protection administrative contre les atteintes des particuliers. Avec l'introduction du code civil le système fut remplacé par la protection de la possession prévue par celui-ci. Mais, comme les tribunaux ne purent pas assurer la protection avec la promptitude désirable, soit au point de vue de l'intérêt du particulier, soit pour le maintien de l'ordre public, le législateur a cru devoir introduire la protection administrative en question. D'après celle-ci il appartient aux préfets ou sous-préfets de rétablir la possession immobilière d'un posses-

35) S. S. Onar, *Principes généraux du droit administratif*, p. 937 et *suiv.*

seur dessaisi sur la requête de celui-ci et après la constatation effectuée sur place. La loi exige que l'enquête sur place soit accomplie et que la décision soit prise dans le délai maximum de 15 jours.

Les avis, surtout parmi le corps préfectoral, paraissent être divisés au sujet de l'opportunité du système. Il est permis d'en douter. Car la constatation, de la possession implique assez souvent des problèmes juridiques délicats dépassant la capacité du corps préfectoral, quoique celui-ci soit généralement composé, en Turquie également, de juristes formés dans les Facultés de droit ou des sciences politiques. Par conséquent, il est souhaitable que le système soit éliminé par l'introduction d'une procédure partiellement simplifiée et accélérée pour la protection judiciaire.

ANNEXE 18.

La Cour de cassation a rendu des arrêts unificateurs à propos d'empiètements survenus à l'occasion de la construction de voies de communications.

1. L'arrêt unificateur concernant les demandes alternatives ouvertes au propriétaire dessaisi (RO, t. 37, p. 2121 et suiv) est basé, sur les considérants suivants; (Résumés): selon l'article 463 — l'art. 666 C.C.S. — la propriété foncière s'éteint par la radiation de l'inscription ou par la perte totale de l'immeuble et en cas d'expropriation pour utilité publique. Le moment de la perte de la propriété est déterminé par la loi spéciale. Or, suivant les lois d'expropriation actuellement en vigueur — infra b — qui sont en accord avec l'art 74 de la Constitution, la perte de la propriété ne se produit qu'au moment où l'indemnité fixée, après la décision prise de la part de l'autorité compétente, est mise à la disposition du propriétaire. Avec une pareille procédure le droit de propriété du particulier sur l'immeuble ne s'éteint en aucune manière par le fait qu'elle est transformée en un chemin. Par conséquent, la radiation de l'inscription suivant l'article 912 C.C. — l'art. 944 C.C.S. — n'est pas possible. Comme le propriétaire conserve son droit de propriété, il est naturel qu'il ait tout le temps le droit d'intenter une action en élimination de l'empiètement contre la personne morale publique qui a opéré la transformation. Toutefois, dans notre législation, il n'y a aucune disposition qui empêche le propriétaire de demander, au lieu de la cessation de l'empiètement, la valeur de l'immeuble, en consentant au transfert de son droit de propriété; et ceci en tenant compte que l'immeuble a perdu pour lui son ancienne possibilité d'utilisation et que l'exécution d'un jugement en annulation est difficile à obtenir dans un pareil cas. Par conséquent la Cour est d'accord d'admettre que le propriétaire dessaisi ait le choix entre la première demande et la dernière solution moyenne. Elle est également d'accord pour écarter les deux solutions opposées, l'une ne reconnaissant au propriétaire que le droit de

dénoncer l'élimination de l'empiétement; l'autre n'admettant pour lui que la seule possibilité d'une demande d'indemnisation de valeur.

La Cour est également d'accord pour admettre que la valeur à accorder est celle qu'avait la propriété au moment de l'introduction de l'action à cet effet. Car le droit de propriété est réservé jusqu'au consentement de son transfert de la part de son propriétaire qui est sensé l'avoir donné par l'introduction de l'action en indemnité.

2. Comme il a été mentionné ci-dessus (IV, 2b), la loi générale d'expropriation adoptée en 1956 après l'arrêt précité, a remplacé la législation dispersée et a apporté, diverses modifications relativement au transfert de la propriété.

a. Notons tout d'abord que la procédure comporte surtout deux opérations principales: 1 — Déclaration d'utilité publique; 2 — Détermination d'indemnité à payer. Les litiges sur le premier point sont jugés par le Conseil d'Etat. Par contre, les contestations sur les indemnités viennent devant les tribunaux judiciaires.

b. Quant à la perte de la propriété par son propriétaire, elle dépend d'une ordonnance du juge judiciaire. En effet, si le propriétaire ne consent pas au transfert, l'administration saisit le juge judiciaire qui, après l'examen du dossier, et à la condition du dépôt du montant de l'indemnité auprès d'une banque nationale, ordonne l'inscription de transfert au registre foncier. Il est aussi prévu une procédure accélérée pour le cas d'urgence qui permet d'accomplir la formalité d'une telle ordonnance judiciaire, avant que les contestations relatives aux opérations d'expropriation ne soient liquidées.

3. L'arrêt unificateur complémentaire (RO, t. 37, p. 2120 et suiv.) déclarant de pareilles demandes d'indemnité comme imprescriptibles, indique pour cette solution, après avoir répété les considérants de l'arrêt précité, le raisonnement suivant: "Une telle demande se base sur le droit de propriété. Or une demande basée sur le droit de propriété est imprescriptible".

ANNEXE 19.

Dans les cas concrets dont la Cour de Cassation fut saisie, les cahiers de charge des travaux publics contenaient des clauses excluant l'augmentation du prix stipulé, à cause de la hausse des matériels, des salaires, des taxes ou pour toutes autres circonstances survenues pendant l'exécution du marché³⁶. Or, comme les prix ont continuellement et démesurément augmenté depuis 1953 par suite de la politique infla-

36) Notons que les cahiers de charge sont établis par l'administration d'une manière unilatérale et typique pour être soumis à la connaissance du co-contractant avant la conclusion du marché.

tioniste du gouvernement de l'époque les entrepreneurs des travaux publics se virent obligés d'opposer à l'administration des demandes tendant à l'augmentation du prix stipulé sur base de l'art 365 II, COT. D'après cette disposition qui est, en comparaison du texte suisse (art. 373 II), un peu différemment conçue, "si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue extrêmement difficile par des circonstances qui ne purent être prévues, ou ayant été prévues n'ont pas été prises en considération, le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, soit augmente le prix stipulé, soit résilie le contrat". Dans les procès qui s'ensuivirent, la Cour de Cassation turque, aussi bien par sa Chambre spéciale (Chambre des procès commerciaux), que par son Assemblée civile³⁷, a admis en premier lieu que la dite clause du cahier des charges comportait une renonciation préalable à l'augmentation du prix stipulé, prévue par la disposition précitée du COT., ce qui paraît critiquable. En effet, une telle interprétation extensive de la clause en question des cahiers de charge se concilie difficilement avec les circonstances qui entourent soit leur établissement, soit la procédure de conclusion des marchés de l'administration. La Cour de cassation a ensuite admis que la renonciation préalable aux droits découlant de l'art 365 II. était valable. Cette admission est également peu justifiée et a soulevé des critiques³⁸. Le raisonnement de la haute juridiction est (en résumé), le suivant: "Quoique les juristes suisses ne soient pas entièrement d'accord à ce sujet, la majorité d'entre eux admet que la disposition dont il s'agit n'étant pas de droit strict, peut être écartée par une clause contractuelle et qu'une pareille clause ne serait inopérante que lorsque son utilisation comme moyen de défense serait contraire aux règles de la bonne foi³⁹. En effet, le droit à la modification ou à la résiliation du contrat se trouve être prévu pour protéger l'intérêt économique de l'entrepreneur. Autrement dit, la disposition en question ne concerne ni la protection des droits attachés à la personne de l'entrepreneur, ni l'ordre public ou les bonnes moeurs. Par conséquent l'opinion de la majorité des juristes suisses est justifiée et la clause renonciatrice est valable suivant l'art. 19 COT (et S.). Par ailleurs, dans le cas concret, le fait que l'administration utilise la dite clause comme moyen de défense ne saurait être considéré comme contraire aux règles de la bonne foi."

37) Saymen, etc., Recueil de la Jurisprudence T. X, III, (1958), p. 283 et s. (arrêt rendu à la majorité).

38) Par K. T. Gürsoy, Ankara Barosu Dergisi (Revue du Barreau d'Ankara) 15ème Année (1958), p. 20 s. (avec indication sommaire sur les jurisprudences et les doctrines turques et suisses).

39) A cet égard la Cour se réfère aux ouvrages suivants: Becker, Art. 373 no: 11; Oser-Schönenberger, Art. 373, no: 12; Wolfart-Bürgli (1942), Contrat d'entreprise II, le contrat à forfait.

Sans nous attarder sur l'état exact des vues suisses, et sans entrer dans une discussion détaillée, nous tenons à souligner que la validité d'une renonciation préalable ne nous paraît pas conciliable avec l'esprit de l'art. 362 II COT. En effet, celui-ci vise les cas imprévus ou inconsiderés par les parties, alors que les clauses contractuelles se basent sur la manifestation effective ou présumée de leurs volontés mutuelles, par conséquent sur ce qu'elles ont prévu ou auraient dû prévoir.
