

# DE LA RESTRICTION DE LA PREUVE TESTIMONIALE DANS LES DROITS TURC, FRANÇAIS ET ITALIEN COMPARÉS \*

par

Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

Docent à la Faculté de Droit d'Istanbul

## I

Les juristes étrangers pourront, à titres divers, s'intéresser au Droit turc. Mais ce qui les retiendra en premier lieu ce sera bien, semble-t-il, cette réception des Codes étrangers pratiquée sur une vaste échelle par le législateur de la Turquie contemporaine. En effet, le phénomène de réception ne laisse pas de susciter plus d'un problème délicat.

D'abord il s'agira de savoir si le législateur turc, lors de l'adoption de la loi étrangère, a tenu à lui rester fidèle sur tous les points ou, au contraire, s'il a cru bon d'y apporter des modifications, comme c'est presque toujours le cas, même en ce qui concerne les réceptions qui se sont faites pour ainsi dire en bloc. Dès lors les ressemblances que l'on relèvera entre les deux législations permettront de se faire une idée sur ce que les sociétés différentes peuvent avoir d'aspirations communes et ce qui, dans une législation donnée, mérite d'être l'objet d'imitation, donc d'unification. Et au contraire les différences que l'on sera amené à constater vont mettre en lumière les parties qui demeurent réfractaires à un pareil procédé de fusion et d'assimilation. Et ce sera là, en quelque sorte, la mesure du degré d'universalité dont se trouve être susceptible la législation du pays d'origine.

Ensuite l'étude de la Jurisprudence travaillant sur les données d'une législation transplantée présentera un intérêt autrement considérable. Car, en contact qu'elle est avec les réalités, l'ardeur

---

(\*) Conférence faite à Rome le 26 Nov. 1949 à l'Institut international pour l'unification du Droit privé.

que la Jurisprudence mettra à appliquer certaines dispositions et les libertés qu'elle aura tendance à prendre avec d'autres, montrera mieux encore que l'attitude du législateur ce en quoi les règles empruntées répondent aux besoins du pays récepteur et en quoi elles demeurent insuffisantes. C'est finalement à la lumière des résultats acquis par la jurisprudence du pays récepteur qu'on pourra porter un jugement de valeur plus sûr et plus éclairé sur la législation du pays qui a servi de modèle, comme d'ailleurs on aura une vue autrement plus nette sur ce qu'il y aurait lieu de faire dans l'éventualité d'une réforme ou, mieux, d'une unification législative.

...

C'est une étude de ce genre que nous voudrions faire pour le Droit turc et français en ce qui concerne la restriction de la preuve testimoniale, étant donné que le législateur turc s'est, pour une bonne part, inspiré en cette matière des art. 1341, 1347 et 1348 du C.C. fr. Notre intention est de montrer d'abord les modifications que le législateur turc a apportées au texte français pour entreprendre ensuite l'étude comparée des jurisprudences des deux pays en mettant principalement l'accent sur les divergences que l'on peut constater entre elles. Nous voudrions aussi prendre en considération les dispositions du Nouveau Code italien, qui tout en faisant de multiples et importantes innovations en la matière, n'en demeure pas moins attaché au système français. Il nous sera alors permis de constater que l'assouplissement de la prohibition de la preuve testimoniale, déjà fortement amorcé par le Code Civil français lui-même, s'il fut très poussé à la fois par le Code et la jurisprudence turcs, a, peut-on dire, trouvé son ultime expression dans les dispositions du Code Civil italien. Etant donné qu'on ne saurait parler de l'influence du Droit turc lors de la confection du Code italien pour cette bonne raison que la Jurisprudence turque était complètement ignorée de la péninsule, les points communs qu'on pourra relever entre ces deux Droits présentent un caractère nettement spontané ; et il semble bien que ce soit là l'exemple d'une évolution qui a été commandée non par des influences réciproques mais bien plutôt par la logique interne du sujet.

## II

Mais n'anticipons pas ! Avant d'être au coeur de notre sujet voyons, en ce qui le concerne, quel fut ce travail de réception de la loi étrangère effectuée par le législateur turc.

Depuis la proclamation de la République en 1923, la Turquie, nettement décidée à devenir un Etat moderne, a tenu à rénover sa législation. C'est ainsi notamment que, délaissant le Medjellé, elle a adopté en 1926 le Code civil suisse avec quelques modifications d'ailleurs. De même pour le sujet qui nous occupe elle a, dans ses grandes lignes, calqué son Code de Procédure civile de 1927 sur celui du canton de Neuchâtel en faisant aussi, en matières de preuves, de larges emprunts au Droit français.

On peut dire, d'une façon générale, que l'esprit qui a animé le législateur fut, d'une part, de réaliser une procédure contradictoire et, d'autre part, de réduire autant que possible les formalités qui pouvaient nuire à sa rapidité. Ainsi donc le dépôt de la demande au greffe et sa signification à la partie défenderesse, de même que la réponse au fond qui sera faite par cette dernière et, le cas échéant, la réplique et la duplique qui pourraient s'ensuivre, sont minutieusement réglementées et sans vaines formalités. De même, l'ouverture et la marche de l'instruction sont assujetties à des règles assez souples. Enfin, il y a ce grand principe exprimé à l'art. 82 de notre Code de Procédure qui proclame que la violation d'une règle de forme n'entraînera pas nécessairement la nullité de l'acte de procédure qu'elle concerne ; seule l'inobservation des formalités essentielles sera sanctionnée de nullité et seront qualifiées d'essentielles les formalités qui sont indispensables pour que l'acte de procédure puisse remplir sa fonction. Donc, tant que l'inobservation de la forme n'a pas nui à la bonne marche de la procédure, il n'y aura pas lieu de craindre une nullité tracassière.

Si tels sont les principes qui règlent la procédure proprement dite il n'en est pas de même des règles de fond relatives aux preuves. Là, le législateur turc n'est plus ennemi de la forme, bien au contraire. En effet le législateur turc ne s'est point rallié au principe de la liberté des moyens de preuve pourtant consacré par son modèle que fut le Code Civil suisse. Il a donc maintenu d'abord la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus d'un cer-

tain chiffre et secondement la prohibition de la preuve testimoniale contre l'écrit, deux règles complémentaires qui, comme on le sait, sont contenues dans l'art. 1341 du Code civil français.

Qu'il nous soit permis d'attirer l'attention sur ce fait que ces deux règles figuraient déjà, toujours sous l'inspiration du Droit français, dans l'ancien Code de Procédure turc. Leur maintien dans le nouveau Code, d'ailleurs avec quelques modifications, est significatif à un double point de vue. D'abord cela prouve que cette refonte législative entreprise au lendemain de la République, si elle fut menée en hâte et réalisée pour ainsi dire en bloc, ne le fut pas au hasard.

Ensuite cela montre combien est enracinée chez le législateur la crainte du faux témoignage soit en raison de la subornation possible des témoins, soit en raison des défaillances et oblitérations de mémoire dont ceux-ci peuvent être atteints. Cette crainte est très légitime ; elle est partagée par maints jurisconsultes éminents et par plus d'une législation d'inspiration latine, et tout récemment encore par le Code Civil italien où le principe de la restriction de la preuve testimoniale persiste, encore que très atténué.

### III

Ceci dit, entreprenons l'étude détaillée de notre sujet et pour cela prenons successivement les deux règles de l'art. 1341 du Code Civil français.

On sait que la première règle édicte la prohibition de prouver par témoins au-dessus d'un certain chiffre.

Il faut préciser ici que le Code de Procédure turc a dissocié les deux règles de l'art. 1341 pour en faire deux articles séparés. Ainsi, à la première règle correspond l'art. 288 qui est ainsi conçu : " Tous les actes faits en vue de créer, de céder, de nover ou d'éteindre un droit excédant 50 Ltqs. doivent être prouvés par écrit." La même règle est recueillie par le Code italien qui, dans l'alinéa premier de son article 2721, pose le principe : " La preuve par témoins des contrats n'est pas admise lorsque la valeur de l'objet excède 5.000 liras." Et l'art. 2726 dit qu'il en est de même en matière de paiement et de remise de dette.

Donc, tandis que le Code français parle de *toutes choses*,

terme vague qui, par sa généralité, peut prêter à confusion et qui, pour cette raison d'ailleurs a été critiqué, la terminologie du Code turc est plus heureuse puisqu'il se borne à énoncer la règle seulement pour les actes juridiques. D'ailleurs le texte français, malgré son ampleur apparente, a toujours été ainsi compris. Le Code Civil italien trouve que le terme acte est encore trop général et lui substitue le terme de contrat, en ajoutant d'ailleurs que le paiement et la remise sont soumis aux mêmes règles. Cette rédaction du texte italien présente en un sens l'avantage d'éliminer les actes juridiques unilatéraux qui pourraient prêter à controverse. L'éminent juriste belge de Page (1) faisait remarquer déjà que l'art. 1341 du Code Civil ne peut viser que les preuves préconstituées qui doivent émaner de la partie adverse et que, par conséquent, les actes unilatéraux qui sont l'oeuvre même de celui qui s'en prévaut doivent nécessairement rester en dehors de cette disposition. Ainsi, comment faire la preuve du délai-congé que je prétends avoir donné par un écrit émanant de mon adversaire puisque la dénonciation du bail est une manifestation de ma propre volonté ? Remarquons d'ailleurs que la jurisprudence turque admet que l'avertissement donné par le bailleurs pour amener son locataire à la stricte observation de ses obligations découlant du bail peut être prouvé par témoins. Cette solution, qui semble être difficilement conciliable, sinon avec l'esprit du moins avec la lettre de la loi, est parfaitement conforme au texte italien.

En revanche on peut craindre que le texte italien malgré l'avantage que nous venons de signaler, n'appelle d'un autre côté une réserve. C'est quand il dit que le paiement d'une dette est soumis à la même règle. Est-ce tout à fait clair, est-ce surtout tout à fait suffisant ? Certains doutes peuvent surgir dans l'esprit de ceux au moins qui sont profanes vis-à-vis du Droit italien. Car on peut se demander si d'une façon générale la preuve de l'exécution d'une obligation dont l'objet n'est pas une somme d'argent est laissée tout à fait en dehors de la prohibition. Si le mot *paiement* est suffisamment compréhensif et englobe aussi l'exécution en nature, par contre le mot *dette*, du moins dans la terminologie française, a

---

(1) Voy. dans son *Traité de Droit Civil* en X vol. le chapitre consacré aux preuves des obligations.

un sens plus restreint car il vise plus spécialement les obligations portant sur une somme d'argent. Le même sens semble également résulter des art. 1277 et 1278 du Code Civil italien où, pour les obligations pécuniaires, le mot *dette* est employé. Il se peut que les travaux préparatoires éclairent la question ; peut-être même la jurisprudence est-elle déjà fixée. Je me borne à poser la question.

Quoi qu'il en soit de ces observations, un point est certain. La prohibition de la preuve testimoniale ne sera pas appliquée aux faits purs et simples. Il y a unanimité là-dessus dans les législations française, turque et italienne. Mais, par là même, toute controverse n'est pas épuisée car il peut y avoir des situations en quelque sorte intermédiaires qui peuvent offrir des difficultés de classement. On peut à leur endroit se demander à juste titre si elles entrent dans la catégorie des contrats ou au contraire dans celle de faits juridiques.

L'hypothèse s'est révélée principalement à propos du mandat tacite, surtout dans le cas où ce mandat est invoqué par les tiers.

Deux opinions se sont faites jour tant en doctrine qu'en jurisprudence. D'après la première thèse le mandat tacite demeure quand même un mandat, donc un contrat, et rien n'oblige par conséquent à s'écarter du droit commun. Telle est l'attitude de la jurisprudence fixée par l'arrêt de la chambre civile du 29 décembre 1875 (Sirey Refonte 1871.I.874) et confirmée assez récemment encore par arrêt du 30 décembre 1935. (D.H. 1936.81). C'est la solution à laquelle s'est arrêtée la Cour de Cassation roumaine, après le revirement marqué par son arrêt du 12 novembre 1928. (Bulletin de la Société de législation Comparée de 1929-30 p. 34, l'article de M. Sesciareano).

La thèse opposée soutient que le mandat tacite est déduit des faits et des circonstances qui, comme tels, peuvent être prouvés par témoins. Comme le disait déjà Labbé "quand le mandat est tacite la preuve à produire ne porte plus sur un contrat, sur un accord de volonté, elle porte sur des faits divers qui supposent, qui impliquent ce contrat." (Note au Sirey sous l'arrêt précité).

Si cette opinion du grand jurisconsulte n'a pas trouvé bon accueil dans la jurisprudence française, elle se trouve pourtant consacrée par la Cour de Cassation turque dans plusieurs de ses arrêts. La jurisprudence turque n'a jamais exigé la preuve littérale

en matière du mandat tacite. Tout récemment encore on peut citer dans ce sens les arrêts des 22-3-1946 et 23-10-1947 qui sont tout à fait catégoriques (\*). Très certainement cette solution devra prévaloir en Droit italien. Car, outre l'explication que l'on vient de voir, il y aurait des arguments de texte qu'on pourrait donner à l'appui de cette solution. Nous entendons désigner par là l'alinéa second de l'art. 2721 sur lequel nous aurons d'ailleurs à revenir et qui contient des exceptions au principe de prohibition exprimé dans le premier alinéa du même article.

Il nous faudra d'ailleurs, pour déterminer exactement l'étendue de cette prohibition de la preuve testimoniale, analyser les multiples exceptions dont cette règle se trouve être l'objet dans chacune des législations qui rentrent dans le cadre de notre exposé.

Pour le Droit français ces exceptions figurent dans l'art. 1348 du Code Civil. Mais, avant de les aborder, précisons une importante exception qui figure déjà dans l'art 1341 lui-même concernant les actes de commerce. La même exception est prévue par l'art. 291 qui dit : " Sont réservées les dispositions spéciales du Code de Commerce relatives aux moyens de preuve des opérations commerciales. "

Le Code italien n'a pas dans son art. 2721 expressément employé le terme d'actes de commerce mais il a très certainement entendu les soustraire à la règle de la restriction de la preuve testimoniale quand, dans les exceptions qu'il formule à l'endroit de cette règle, il dit que " l'autorité judiciaire peut admettre cette preuve (la preuve testimoniale) au-delà de la limite ainsi fixée eu égard à la qualité des parties, à la nature du contrat ou à toute autre circonstance. " Donc, avec une très grande vraisemblance, les actes de commerce vont bénéficier des dispositions dérogatoires du droit commun. Remarquons toutefois que le juge italien aura en cette matière un pouvoir d'appréciation pour l'admission de la preuve testimoniale. De même, en France (1) et surtout en Belgique, où l'on peut invoquer une moisson abondante d'arrêts, la jurisprudence est, peut-

(\*) Ces arrêts n'ont pas été publiés.

(1) Cas. 22 Juillet 1872. Sirey 1874. L.T.3 (Aubry et Rau 5ème éd. T. XII, p. 341.

on dire, fixée dans le sens que la preuve testimoniale ne sera pas en matière commerciale reçue ipso facto, les juges jouissant d'un pouvoir discrétionnaire pour l'accepter ou la rejeter (2). Mais les tribunaux turcs ne sont pas entrés dans cette voie ; ils se voient obligés de recueillir le témoignage, quitte à fonder leur jugement sur leur propre conviction sans être liés par la déposition des témoins.

Ce point élucidé, venons-en maintenant aux exceptions de l'art. 1348 qui concernent les délits, les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie ou dans les hôtelleries, les obligations contractées en cas d'accidents imprévus et enfin la perte du titre à la suite de la force majeure. Tous ces cas se ramènent en vérité à l'idée d'impossibilité de se procurer un écrit. Or la jurisprudence française a, en partant de l'art. 1348, construit la théorie de l'impossibilité morale qui est susceptible d'avoir un assez vaste champ d'application.

Le Code turc, dans son art. 293, retient d'une façon générale les mêmes exceptions mais il va encore au-delà. Il consacre par des dispositions spéciales certaines applications de la théorie de l'impossibilité morale. Ainsi, le Code précise qu'entre proches parents la preuve testimoniale est toujours possible. Et ensuite, ce qui est d'une importance capitale, le Code turc dans l'alinéa 4 de son article 293, dispose expressément que la preuve par témoins sera reçue dans tous les cas où "d'après les circonstances du fait et la position respective des parties, la confection du titre n'est pas consacrée par l'usage." Autrement dit, si dans une espèce donnée les usages autorisent les parties en présence à ne pas exiger un écrit, alors il sera loisible à chacun de recourir au témoignage pour prouver sa prétention.

Disons tout de suite que cet alinéa 4 de l'art. 293 réalise un progrès par rapport au Droit français. Car les contours de la notion d'impossibilité morale ne sont pas toujours d'une netteté satisfaisante. Aussi la Jurisprudence n'est-elle pas tout à fait fixée

---

(2) Voy. les arrêts cités au Répertoire belge, notamment les arrêts de Grand du 4 Fév. 1926 comm. Anvers, 7 Nov. 1924, Liège 17 Nov. 1909, Gand 23 Juin 1911, Comm. Anvers, 25 Août 1911.

en ce qui concerne les usages. Parfois l'usage est considéré comme une cause d'impossibilité morale (Seine 15 Novembre 1920, Revue Trim. De Droit Civ. 1922, p. 646). Parfois il ne l'est pas. (Nancy 12 juin 1925. Gaz. du Palais c. 1925). Mais la tendance dominante de nos jours est, pourrait-on dire, que l'usage suffit, d'une façon générale, à exonérer les parties de l'obligation de dresser un écrit à fin de preuve.

Quant au Code italien il a été, croyons-nous, plus loin encore que le texte turc, puisqu'il ne subordonne même pas à l'existence d'un usage l'admissibilité de la preuve testimoniale au-delà de la limite fixée. Il se contente de termes vagues et finalement laisse toute latitude au juge en disant dans le second alinéa de son art. 2721 "que l'autorité judiciaire peut admettre (la) preuve (testimoniale)... eu égard à la qualité des parties, à la nature du contrat ou à toute autre circonstance". Nous pensons que le législateur italien a été à la limite ; un pas plus avant et c'en était fait de la restriction de la preuve testimoniale. Le Code italien aurait fait partie alors de la catégorie des Codes qui, comme le Code fédéral suisse par exemple, admettent le principe de la non-limitation des moyens de preuve. Et même, dans l'état actuel du texte, on peut craindre que ce second alinéa de l'art. 2721, à la faveur d'une interprétation extensive de la jurisprudence, ne finisse par absorber le principe posé à l'alinéa premier. Par contre, une interprétation stricte semble n'être pas non plus sans inconvénients. Car les particuliers se fiant à cette fin de phrase, peuvent ne pas passer l'écrit ; une jurisprudence restrictive pourrait donc être pour eux la source de cruels déboires. La tâche qui attend la jurisprudence italienne est donc très délicate ; elle devra être toute de mesure et de circonspection.

Quoi qu'il en soit de ces observations, un fait est certain. Cette référence explicite du Code turc aux usages explique certaines divergences entre les jurisprudences turque et française. D'autre part, vu l'extrême souplesse du Code italien, souplesse beaucoup plus grande encore que celle du texte turc, il semble que les solutions des arrêts turcs qui se sont fondés sur l'usage pour admettre la preuve testimoniale, seront également valables pour le Droit italien.

Ainsi donc, la Cour de Cassation turque, dans son arrêt du

18-VI-1940 (Hukuki Bilgiler, Décembre 1940), a admis la possibilité de prouver par témoins le paiement partiel invoqué non par le débiteur mais par le créancier à titre d'acte interruptif de la prescription d'une créance dont le montant est supérieur à 50 Ltqs. La Cour Suprême a, en effet, retenu comme argument majeur le fait qu'il n'est pas d'usage pour le créancier qui reçoit un paiement de le faire constater par un acte émanant du débiteur. Or cette solution n'a trouvé aucun accueil ni en France [Voyez le Répertoire Dallos Vo : preuve (1)] ni en Belgique ainsi que cela ressort de l'arrêt de la Cassation belge du 8 Nov. 1845 (Pasicrisie 1846.1.206).

De même, dans l'action en dommage intérêts intentée à la suite de rupture des fiançailles, rien ne s'oppose en Turquie à ce qu'on puisse faire la preuve du lien des fiançailles par témoins. Car, à supposer même que les fiançailles soient, sous le régime du Code civil turc, un acte juridique puisque ses conséquences sont réglementées par le Code et que seule l'existence du juste motif en légitime la rupture, il n'en demeure pas moins vrai que les usages n'autorisent pas les fiancés à rédiger un écrit dans le but d'établir la preuve de leur union. Cette solution n'est pourtant pas retenue par la Jurisprudence française qui avait à sa disposition un argument supplémentaire, à savoir que les fiançailles, sous le régime du Droit français, demeurent un fait pur et simple.

On pourra enfin, ici encore, parler de mandat tacite et relever à son propos que les usages, outre les arguments déjà cités, devraient en permettre la preuve par témoins.

En conclusion, on voit que la référence à l'usage rend à la Jurisprudence turque plus de liberté et une plus grande souplesse que la Jurisprudence française. Le texte italien semble en lui-même si malléable qu'il ne paraît laisser à la Jurisprudence italienne qu'un travail d'auto-limitation.

Ayant ainsi délimité le champ d'application de la règle de

---

(1) En ce sens : Riom 4 Mai 1841... Civ. 28 Juin 1854 D. P. 54.1.220 17 Nov. 1858. D.P. L. 459. 27 janvier 1868. D.P. 68. L. 200 ; Lyon 9 Juin 1871. D.P. 71.2.192; Aubry et Rau t. 8 s. 762 p. 305 et 306 note 12. Contra Bruxelles, 10 Déc. 1812, 21 Nov. 1814. R. 4652-1er. Mais la Cass. belge ainsi qu'on vient de voir dans le texte n'a pas consacré cette solution de la Cour de Bruxelles). Voy. aussi 28 Janvier 1854. D.P. 54.1.220.

L'interdiction de la preuve testimoniale il nous sera aisé d'en déterminer la nature. Nous en arrivons ainsi à traiter la question classique : est-ce là une règle d'ordre public? Il faut bien répondre que non, une règle qui souffre tant d'exceptions et pouvant être le cas échéant mise en échec par les usages ne saurait être impérative. La crainte du faux témoignage qui semble être une des raisons de cette règle ne saurait suffire à elle seule pour conférer à celle-ci un caractère d'ordre public. En effet, on peut, croyons-nous avec plus de justesse, raisonner ainsi : ce que le législateur ne veut pas c'est imposer aux parties contre leur gré un mode de preuve qui peut être, d'une façon générale, une source d'erreur et d'injustice. Mais dans une espèce donnée, c'est aux parties qu'il incombe d'apprécier la gravité réelle de ce danger et il faut bien reconnaître qu'elles se trouvent mieux placées que le juge pour savoir si l'on peut se fier à la moralité de la partie adverse et si en conséquence, l'on doit consentir à l'administration de la preuve testimoniale. Cette règle est donc protectrice des intérêts privés; et cette protection est suffisamment réalisée sans qu'il y ait lieu de l'ériger en une disposition d'ordre public. Il est d'ailleurs très significatif de constater que les Jurisprudences française (1), turque (2), belge (3) et roumaine (4), se sont prononcées unanimement en ce sens. Disons pour conclure que le projet du Code des obligations franco-italien avait cru devoir préciser que le juge ne pouvait suppléer d'office aux moyens résultant de cette disposition.

#### IV

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la première

(1) Cour de Cass. fr. 1er Juin D.P. 1893.1.445.

(2) Cour de Cass. turque année 1938 No 175 cité par *Ansay* p. 223; dans le même sens l'arrêt du 1-XI-1944 (*Temyiz Kararları* 1945. p. 20) ; ce dernier arrêt est pourtant assez nuancé en ce sens qu'il admet le témoignage au-delà du chiffre légal seulement en cas de la renonciation expresse en cours d'instance de la partie qui avait intérêt à s'opposer à ce mode de preuve.

(3) Cour de Cass. belge, 14 Déc. 1922. *Pasicrisie* 1923.1.111.

(4) Cour de Cass. roumaine 14 Déc. 1927. L'article de M. *Sescioreano* déjà cité.

règle de l'art. 1341. Il nous reste à prendre la deuxième règle qui interdit de prouver par témoins outre et contre le contenu d'un écrit, encore qu'il s'agisse d'une somme inférieure au chiffre légal. Cette règle est édictée à son tour par l'art. 290 du Code de Procédure turc qui statue que tous moyens de défense soulevés contre les prétentions résultant d'un titre et tous actes faits avant, pendant ou après la confection de l'écrit et tendant à en diminuer les effets ou la force probatoire doivent être prouvés par titre, encore qu'il s'agisse d'une somme inférieure à 50 Ltqs.

Si la jurisprudence turque, plus ou moins étayée par le texte de la loi est, en ce qui concerne la première règle, plus libérale que la pratique française, elle est en revanche d'une rigueur particulière quand il s'agit de la seconde règle de l'art. 1341.

Ainsi, la Cour de Cassation turque admet que cette dernière prohibition s'étend aussi au Droit Commercial. C'est la solution donnée par son arrêt solennel du 12 Avril 1933 ; et c'est là une différence fondamentale avec le Droit français. Le texte de l'art. 1341 du Code Civil français est d'ailleurs très net et ne laisse place à aucune innovation jurisprudentielle. En Droit turc les choses se présentent un peu différemment : nous avons, en effet, déjà dit que l'art. 288 correspond à la première, et l'art. 290 à la seconde règle de l'art. 1341 et que d'autre part, l'art. 291 du Code de Procédure turc stipule que les règles de la preuve en matière commerciale sont réservées. C'est pourquoi la Cour de Cassation turque, profitant de la diversité de ces textes, a cru porter l'accent sur l'art. 290 seul en disant que la généralité des termes de cet article ne laissait place à aucune exception pour le Droit commercial. C'est là une interprétation qui néglige à son tour la généralité des termes de l'art. 291 en le réduisant à n'être qu'une dérogation à l'art. 288 seul. D'ailleurs la genèse de ces articles 288, 290 et 291, qui dérivent tous de l'art. 1341, suffisait à condamner cette interprétation. Mais, malgré cela, on peut et même croyons-nous, on doit approuver cette jurisprudence prétorienne pour des motifs purement rationnels. Car du moment que les parties, sans y être tenues, ont passé l'écrit c'est qu'elles ont voulu se placer ainsi sous le régime du Droit commun. D'autre part, le motif de célérité qui explique la liberté des preuves en matière commerciale se trouve infirmé ici du fait que cet état de choses n'a pas em-

pêché les parties de dresser l'écrit. Donc, pour cette double raison, il est logique de ne pas permettre aux parties en cause de prouver contre l'écrit, même s'il s'agit des actes de commerce. Les auteurs français eux-mêmes (P. Esmein, R. Grasserie) faisaient déjà remarquer qu'il était difficile de justifier l'exclusion de la prohibition de prouver contre l'écrit en matière commerciale. Et il est remarquable que le législateur italien, tout en étant un ferme partisan de l'assouplissement de cette prohibition, a tenu compte de ces raisons et a construit un système très intéressant qui mérite qu'on s'y arrête de près.

Le Code italien, faisant sienne une discrimination qui était déjà préconisée par certains auteurs et qui préfigurait en quelque sorte dans certaines législations, distingue deux hypothèses auxquelles il consacre respectivement les art. 2722 et 2723.

D'abord, pour ce qui est des conventions antérieures ou contemporaines à la rédaction de l'écrit, qu'il s'agisse des conventions annexes ou contraires au contenu du document, la preuve testimoniale n'est pas recevable. Tel est l'art. 2722 qui ne souffre aucune exception, quelle que soit la nature de l'acte constaté dans le document ou la qualité des parties. On ne peut s'empêcher de souligner sous ce rapport la concordance du Droit italien avec la jurisprudence de la Cour de Cassation turque. Mais cette concordance s'arrête là. Car, pour ce qui est des conventions postérieures à la confection de l'écrit, l'art. 2723, tout en posant le principe de la prohibition de la preuve testimoniale, estime que dans cette hypothèse il peut y avoir des dérogations. En effet, la loi autorise dans ce cas l'organe juridictionnel à recueillir la preuve testimoniale si, eu égard à la qualité des parties, à la nature du contrat et à toute autre circonstance, il apparaît vraisemblable qu'il a été fait des adjonctions ou des modifications verbales. Remarquons ici cette notion de vraisemblance qui semble être nouvellement introduite. Il est vrai que le second alinéa de l'art. 2721 aussi impliquait nécessairement un appel à cette notion mais tandis que là-bas le mot n'était pas prononcé, ici il l'est. Jugera-t-on que c'est superflu ? Nous ne le croyons pas. Cela dénote chez le législateur le souci d'attirer l'attention du juge sur le danger qu'il y aurait à recueillir le témoignage à la légère. Ici il semble par là même qu'une grande prudence soit de rigueur. Mais toutes ces

précautions sont-elles suffisantes ? On peut peut-être préférer la solution de la jurisprudence turque moins nuancée sans doute mais qui, dans sa simplicité même, offre plus de certitude.

La seconde divergence à signaler entre la jurisprudence turque et le Droit français et italien concerne la preuve du paiement d'une créance constatée dans un écrit. La jurisprudence française estime que cette preuve peut se faire par témoins si le paiement est inférieur au chiffre légal, car le paiement constitue un fait indépendant qui ne tombe pas sous le coup de la deuxième règle de l'art. 1341. Telle semble être aussi l'attitude du Code italien. Mais la jurisprudence turque est d'un avis opposé. Etayée qu'elle est par l'art. 290 du code de Procédure qui, analysé de près, semble être plus compréhensif que le texte français, elle a pu considérer que le paiement est un acte qui diminue l'effet de la créance et comme tel ne peut être prouvé par témoins quand la créance elle-même est constatée dans un écrit. Etant donné que le paiement est une suite toute naturelle du fait même de l'obligation, il semble que la seconde règle de l'art. 1341 perd pratiquement une partie de son utilité avec la solution actuellement en cours dans la jurisprudence française. Car si j'ai obtenu une reconnaissance de dette pour ma créance que je pouvais, par ailleurs, prouver par témoins ce fut entre autres raisons pour ne pas m'exposer aux aléas des témoignages tant pour la naissance de ma créance que pour les causes d'extinction qui pourraient la frapper. Les auteurs français sentent si bien le danger que présente leur solution qu'ils s'empressent de le minimiser en disant que quand le paiement porte sur une somme supérieure au chiffre légal il ne pourra être prouvé par témoins en vertu de la première règle de l'art. 1341. Mais cet argument de fait est sans pertinence pour le Droit turc, dans lequel, ainsi qu'on vient de le voir, la prohibition de prouver contre l'écrit s'étend aussi au Droit commercial. Ainsi donc lorsqu'une créance résultant d'un acte commercial sera constatée dans un écrit la preuve de son paiement ne pourra se faire par témoins.

Bref, la solution de la jurisprudence turque concernant le paiement se justifie par des raisons toutes pratiques et même, pourrait-on dire, par des motifs tout rationnels. Elle a été d'ailleurs défendue par de vieux auteurs français comme Merlin et Larombière.

Nous pourrions donc conclure, en ce qui concerne la seconde

règle, en disant que la jurisprudence turque fait preuve ici d'une plus grande rigueur que la pratique française. Cette rigueur s'explique par le souci de ne pas porter atteinte à la force probatoire de l'écrit. En cela cette jurisprudence s'apparente, dans une certaine mesure, au système italien. Car le fait que le principe de l'art. 2722 ne souffre aucune exception, même en matière commerciale, est un des traits communs du droit italien et de la jurisprudence turque.

## V

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude des deux règles. Que conclure ? Il semble que notre tour d'horizon serait singulièrement incomplet si nous ne consacrons pas quelques développements à la notion du commencement de preuve par écrit. D'une façon générale on range cette notion parmi les exceptions à la règle de la prohibition de la preuve testimoniale. Cependant, nous préférons y voir un tempérament plutôt qu'une véritable exception, puisque le commencement de preuve par écrit suppose nécessairement un écrit ou du moins quelque chose d'équivalent. Mais il n'en demeure pas moins qu'une jurisprudence qui aurait une conception large de cette notion du ct. de p.p. é., facilitera grandement l'admission de la preuve testimoniale là où l'on pouvait le moins s'y attendre.

Si, au cours de notre exposé, nous avons ça et là noté quelque rigueur de la jurisprudence française, cette rigueur est, pourrait-on dire, sensiblement adoucie par la conception large que se fait celle-ci du commencement de preuve par écrit. En est-il de même de la Jurisprudence turque ? Cette dernière est peut-être suffisamment souple pour se dispenser d'adopter à l'égard de cette notion l'attitude libérale de la Jurisprudence française. La vérité est qu'il est difficile de se prononcer, car sur ce point nous possédons très peu d'arrêts publiés. On peut toutefois noter deux attitudes de la Jurisprudence turque sur la question.

En premier lieu la jurisprudence n'admet pas qu'une pièce qui porte la griffe ou le sceau d'un particulier et qui ne serait pas dûment légalisée puisse servir de ct de p.p. é. L'usage du sceau est réservé à ceux-là seuls qui sont incapables de signer. Et encore faut-il certaines formalités. Si cette condition et ces formalités sont

remplies alors on n'a pas seulement un ct de preuve par écrit, mais bel et bien un titre. Par contre, si ces formalités font défaut, la pièce qui n'est ni écrite ni signée par celui auquel on veut l'opposer ne sera pas considérée comme un ct de p.p. é. même si elle porte le sceau appartenant à celui-ci ou une marque digitale qu'on prétendrait être de lui. Ainsi se sont prononcés les arrêts de la Cassation du 28-6-1933 pour la marque digitale (Öktem p. 326)\* et du 30-30-1938 (Öktem p. 326) pour le sceau qui n'est pas dûment légalisé.

Est-ce d'une rigueur excessive ? Il est curieux de constater que la Jurisprudence française, pourtant large, n'admet pas qu'une pièce revêtue d'un signe, d'une croix par exemple et de la marque digitale, puisse constituer valablement un ct. de p.p. é. (Voyez l'arrêt Civ. 15 Mai 1934 avec une note remarquable de Pilon. D.P. 1934.1.113). Donc cette attitude de la Jurisprudence turque marque non une divergence, ainsi qu'on pouvait s'y attendre, mais bien au contraire une entière concordance avec la Jurisprudence française.

En second lieu il faut remarquer que la Jurisprudence turque admet que l'aveu complexe ou qualifié puisse être divisé de manière à considérer la partie qu'on en retient comme équivalente à un ct. de p.p. é (1). Cette solution, qui ne peut que faciliter l'admission de la preuve testimoniale, est également celle de la Jurisprudence française (2) et encore de la Jurisprudence belge (3), cette dernière étant même plus explicite et catégorique. Là encore il nous est permis de constater une conjonction des différentes jurisprudences.

A cette question de l'aveu semble nécessairement se rattacher une autre question qui peut être formulée comme suit : Si la partie adverse, au lieu de faire un aveu qualifié, préfère

---

(\*) Il s'agit du Code de Procédure publié par Öktem avec des résumés de Jurisprudence (en turc) (2ème Edition).

(1) Cour de Cassation Toutes Chambres Réunies 20-9-1939 (Öktem p. 107). 9-12-1944 (Temyiz Kararları 1944 p. 54).

(2) 2 Janvier 1872 (D.P. 1872.1.119).

(3) Cass. belge 17 Janvier 1910, Pasicrisie 1910.1.67. Bruxelles 16 Janvier 1937. Pas. 1937.11.87.

l'art. 234 du Code de Procédure turc et qui précisent que les formalités prévues à cet effet une fois remplies, le silence de celui qui n'obtempère à l'injonction du juge sera interprété comme un aveu relativement aux questions restées sans réponse.

Cette solution de notre Code de Procédure se trouve, à quelque variante près, à la fois dans les Codes de Procédure italien (232) et français. Dans le Code français particulièrement cette solution résulte très clairement de l'art. 336 nouveau sur la comparution personnelle, qui est, comme on le sait, une procédure d'un maniement plus aisé et plus pratique que celui du lourd appareil qu'était l'interrogatoire sur faits et articles. L'art. 336, à la suite de la révision dont il a été l'objet par la loi du 23 Mai 1942, statue que le juge est autorisé à tirer toute conséquence de droit d'un refus de comparaître ou même d'un refus de répondre et notamment à considérer cet état de choses comme équivalent à un commencement de p.p.é. C'est là sans doute une disposition très heureuse qui va faciliter la preuve testimoniale sans entraîner pour cela les risques inhérents à ce mode de preuve.

En résumé nous pouvons dire pour le Droit français, et plus encore pour le Droit turc, que la restriction de la preuve testimoniale est d'une suffisante souplesse. Pour le Droit italien il est permis d'affirmer que cette souplesse semble avoir atteint son maximum. Si cette étude a relevé certaines divergences elle a montré aussi que les points communs demeurent nombreux et que cette parenté des régimes juridiques semble être renforcée par la l'évolution de la Jurisprudence et même quelques fois par certaines réformes législatives. Et s'il est permis de tirer une conclusion générale de ces constatations, nous dirons que cet exemple du rapprochement spontané sur différents points de notre question entre les droits français, turc et italien est de nature à prouver que l'unification du Droit privé, au moins partiel, ne relève pas de l'utopie mais qu'elle est peut-être plus facilement réalisable qu'on se l'imagine au premier abord.

---