

JURISPRUDENCE TURQUE

DROIT CIVIL

(Au seuil de cette chronique une précision est nécessaire touchant la composition et le fonctionnement de la Cour de Cassation turque. La Cour suprême est composée de plusieurs Chambres civiles et criminelles, de la Chambre Commerciale, et enfin de la Chambre de Poursuite pour les dettes et la faillite. Si la Chambre devant laquelle le pourvoi en cassation est porté confirme le jugement, celui-ci et l'arrêt de confirmation deviennent définitifs à moins que la voie dénommée "la rectification" ouverte contre les arrêts de la Cour suprême pour des motifs limitativement énumérés ne soit utilisée avec succès. En revanche, à la suite d'un arrêt de cassation devenu définitif, l'affaire n'est pas terminée ; celle-ci est de nouveau renvoyée devant le tribunal même qui a rendu le jugement. Le tribunal saisi une seconde fois de la même affaire est libre de se conformer au point de vue de la Cour suprême ou de s'y refuser. Dans ce dernier cas le recours en cassation sera formé auprès de toutes les Chambres civiles réunies dont l'arrêt solennel aura le pouvoir de lier l'instance inférieure. Bien entendu les arrêts solennels ont une autorité plus marquée que les arrêts rendus par l'une des Chambres de la Cour de Cassation.

Pourtant les arrêts d'unification de jurisprudence, dont quelques-uns vont être analysés au cours de cette chronique, ont une importance autrement considérable. En effet, quand une divergence se manifeste à propos de la Jurisprudence d'une même ou de deux Chambres différentes de la Cour, celle-ci, toutes Chambres réunies, prend solennellement parti. Il y a, dans ce cas, "arrêt d'unification de Jurisprudence" qui, sans effet sur les procès déjà jugés, lie à l'avenir d'une part la Cour de Cassation et de l'autre

les tribunaux, ces derniers étant obligés, à moins d'encourir une cassation certaine, de juger dans le sens du principe adopté par l'arrêt d'unification. Seule la Cour de Cassation elle-même, à charge d'observer les solennités requises, a la latitude de changer sa jurisprudence ainsi fixée, hypothèse qui d'ailleurs se réalise très rarement dans la pratique.) Cette fonction de la Cour suprême de déterminer en dehors d'un procès et d'une façon objective son point de vue sur un point de droit n'est pas sans analogie avec le pouvoir d'interprétation de la loi réservé au législateur. Mais, à la différence du législateur, qui peut *motu proprio* faire acte d'interprétation, la Cour n'est appelée à exercer cette fonction qu'au cas seulement où une antinomie se révèle entre les principes formulés à propos des espèces sur lesquelles elle a eu à se prononcer.

Il faut noter enfin que la Cour de Cassation, d'une façon générale, s'acquitte avec bonheur de cette tâche délicate. A la différence des autres arrêts qui demeurent (semblables en cela aux arrêts de la Cour de Cassation française) assez laconiques, les arrêts d'unification sont plus amplement motivés et renferment parfois de longs développements doctrinaux rappelant les digressions des arrêts du Tribunal Fédéral suisse. Sans doute y a-t-il des cas assez nombreux d'ailleurs où la doctrine hésite à approuver les solutions données par certains arrêts d'unification. Mais cette divergence entre la Doctrine et la Jurisprudence est, à un degré variable, de tous les temps et de tous les pays. Notre but est de donner ici une analyse critique assez succincte de quelques arrêts d'unification de ces dernières années et qui nous ont paru de nature à intéresser le public étranger. On remarquera que plus d'un de ces arrêts se rapportent à des questions immobilières. Sous ce rapport aussi ils peuvent susciter un certain intérêt en Suisse où la Jurisprudence si abondante et à maints égards si instructive du Tribunal Fédéral n'a pas toujours eu l'occasion de se prononcer sur certains problèmes concernant les immeubles.

La forme du contrat de vente de l'immeuble non inscrit au Registre Foncier (Arrêt d'unification de Jurisprudence du 9-X-1946).

L'on sait que dans le système du Droit suisse et turc les droits

réels immobiliers ne prennent naissance que par leur inscription au Registre Foncier. D'où cette conséquence que sur un immeuble qui n'a pas été inscrit il ne sera pas possible d'avoir le droit de propriété ; pour ces sortes d'immeuble seul va compter une maîtrise de fait, autrement dit la possession. Alors la question se pose de savoir si la nécessité de l'acte authentique qui concerne les conventions ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière s'étend aussi aux contrats de vente se rapportant aux immeubles qui ne figurent pas au Registre Foncier. C'est sur ce problème d'importance capitale pour la Turquie que l'arrêt d'unification de Jurisprudence du 9-X-1946 marque un revirement. Ayant décidé dans un arrêt antérieur du 22-XI-1944 qu'on ne pouvait concevoir le transfert de la possession indépendamment de celui de la propriété, la Cour de Cassation en avait conclu à la nécessité de l'acte authentique même pour les actes se rapportant à des immeubles non-inscrits. C'est sur cette Jurisprudence que la Cour de Cassation revient en décidant cette fois que s'agissant d'un bien sur lequel il n'existe pas de droit de propriété on peut valablement s'engager à en transférer la possession par acte sous-seing privé.

Cet arrêt du 9-X-1946 est très amplement motivé ; mais la place nous manque ici pour en donner un compte-rendu détaillé. D'ailleurs l'intérêt de la question se limite plutôt à la Turquie ; puisque les terres qui n'ont pas encore leur feuillet au Registre Foncier atteignent, chez nous, un pourcentage élevé, la cadastration ayant, jusqu'à présent du moins, suivi un rythme plutôt lent (1). Mais malgré cet état de choses il nous semble permis de faire quelques observations d'intérêt général.

D'abord il nous semble que la solution de l'arrêt mérite d'être pleinement approuvée. Elle paraît juridiquement s'imposer :

(*) Les arrêts d'unification étant publiés par le *Journal Officiel*, il nous a paru inutile d'en donner la référence.

(1) C'est d'ailleurs pour obvier à cet inconvénient qu'une loi récente vient d'être votée pour accélérer la marche de la cadastration qui se trouve désormais réorganisée sur des bases nouvelles. Il s'agit de la loi du 16 Mars 1950 portant le No 5602 et publiée dans le *Journal Officiel* du 22-3-1950. (Voy. pour cette loi la *Chronique de Législation* de cette Revue p. 192).

puisque un immeuble non-inscrit ne peut faire l'objet du droit de propriété, un contrat de vente qui s'y rapporterait devrait, logiquement, s'interpréter comme visant le transfert de la possession seule. Or les conventions qui ont pour objet le transfert de la possession seule restent en dehors de la règle de l'art. 634 CCT (658 du C.C.S.) dont l'interprétation restrictive résulte du principe énoncé à l'art. 11 du C.O. qui statue que l'observation de la forme authentique ne peut être imposée qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi.

Il convient cependant de discuter la valeur pratique de cette solution. En effet, on est d'accord pour admettre que la solennité est pour les contractants une excellente occasion pour réfléchir sur les conséquences de leur acte et les prévient des transactions qui seraient conclues à la légère. Ainsi donc, l'observation de la forme authentique a en elle-même une fonction protectrice. D'autre part, si les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière doivent être passés par acte authentique, c'est en raison de la valeur vénale des immeubles qui, plus d'une fois, représentent le plus clair d'un patrimoine. Mais alors il peut paraître étrange de refuser aux parties contractantes la protection de l'acte authentique quand leur convention porte sur des immeubles non-inscrits qui, économiquement parlant, sont bel et bien comparables aux immeubles ayant leur feuillet au Registre Foncier. Il est vrai que l'inscription d'un immeuble au Livre Foncier lui procure une certaine plus-value en raison de la facilité et surtout la sécurité qu'elle assure pour les transactions dont cet immeuble sera à l'avenir l'objet. Mais ce n'est pas une raison pour minimiser l'importance économique d'un immeuble non-inscrit, qui parce qu'il n'a pas été cadastré n'en représente pas moins une valeur patrimoniale appréciable digne de solliciter au même titre qu'un immeuble inscrit la protection assurée par l'observation de la forme authentique.

Est-ce à dire que ces considérations de fait doivent nous inciter à abandonner la solution consacrée par l'arrêt du 9-X-1946? Nous le pensons d'autant moins que nous nous l'avions nous-

(*) De la solennité des actes ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière (en turc) 1945 p. 83 et 276.

même préconisée dans notre thèse de Doctorat (*) et combattu la solution tout à fait différente de l'arrêt du 22-XI-1944. Et si maintenant on s'est plu à s'étendre quelque peu sur ces considérations c'est pour tirer la moralité de l'histoire. En effet le législateur d'un pays donné, quand il veut introduire le Livre Foncier conçu selon le système réel ne doit pas perdre de vue l'hypothèse des immeubles qui, pour une raison ou une autre, resteront au moins temporairement en dehors de la cadastration. La tâche lui incombera alors de régler le sort de ces biens en tenant compte, d'une part, de la nature des droits dont ceux-ci peuvent faire l'objet et de l'autre des considérations économiques et sociales qui militent en faveur d'un régime spécial pour les immeubles. A défaut de cela un double danger serait à craindre : celui des fluctuations jurisprudentielles au détriment de la sécurité juridique, et la consécration de solutions qui, bien que procédant d'une logique juridique impeccable, ne cadrent point moins avec les nécessités économiques et sociales. Il semble que l'exemple turc constitue à cet égard un précieux avertissement.

Le bail de l'immeuble indivis : (Arrêt d'unification du 27-11-1946).

Le silence du Code civil français à propos de l'indivision est bien connu: seul l'article 815 traitant de cette forme de propriété. Le C.C. suisse est moins laconique puisqu'il lui consacre les articles 646 à 652 (623 à 629 du C.C. turc). Mais cette réglementation demeure encore insuffisante pour répondre aux diverses hypothèses posées par la pratique. D'où l'arrêt d'unification de jurisprudence du 27 Novembre 1946 qui résout plus ou moins heureusement les difficultés surgies en la matière.

I. — D'abord l'arrêt range le bail parmi les actes d'administration importants (art. 647, dernier alinéa du C.C.S.). Il en résulte que le contrat ayant pour objet la jouissance de la totalité de l'immeuble indivis doit, pour sa validité, être consenti en vertu du même alinéa "à la majorité des co-propriétaires représentant en outre leurs parts réunies plus de la moitié de la chose". La Cour de Cassation en tire cette conséquence qu'un bail consenti par un seul co-propriétaire sans le consentement de la majorité qualifiée ne peut, à juste titre, lier les autres indivisaires.

Mais là où l'on ne suivrait plus la Cour de Cassation, c'est quand elle affirme comme allant de soi qu'un pareil contrat est également dénué de toute valeur, même entre les parties. Sans doute la Cour admet-elle la responsabilité délictuelle du co-propriétaire contractant au cas où il aurait, par ses manoeuvres, laissé entendre à son partenaire qu'il avait les pouvoirs nécessaires pour conclure le contrat. Mais cela est-il suffisant ? Pourquoi ne pas admettre sa responsabilité au cas où il ne parviendrait pas à obtenir la ratification des autres co-propriétaires ? Bien plus, le co-propriétaire contractant pourrait, vis-à-vis de son co-contractant, assumer une obligation plus étendue que celle d'obtenir le consentement des autres intéressés. Il peut, en effet, soit renforcer son propre engagement en stipulant une clause pénale en prévision de l'hypothèse du refus de la ratification, soit encore agir en porte-fort des autres co-propriétaires en répondant pour eux de la bonne exécution du contrat ainsi conclu. Evidemment, cette façon de considérer les choses peut parfois donner lieu à de délicates questions de preuve quant à la nature et à l'étendue de l'obligation du bailleur. Sous ce rapport la solution de la Cour de Cassation offre une grande simplicité et coupe court à toute controverse. Il est remarquable que la Cour de Cassation française s'est prononcée dans le même sens (notamment l'arrêt du 22 janvier 1852 S. 1851.I.73 cité par *Picard* dans la collection de *Planiol-Ripert* t. III les Biens ; contra, pour la validité du bail inter partes *Aubry et Rau*, tome V § 364 ; *Baudry-Lecantinerie* t. I, No. 132).

II. — Et maintenant, en ce qui concerne le bail de la quote-part en tant que telle, l'attitude de la Cour de Cassation n'est pas moins catégorique. Attendu, dit la Cour, "que le co-propriétaire est obligé d'administrer la chose entière de concert avec les autres, il ne peut remplir tant à l'égard de son co-contractant que des autres indivisaires l'obligation qui lui incombe d'après le contrat de bail, à savoir la délivrance de l'objet en vue de l'usage convenu. "

L'argumentation, sans manquer de force, ne nous semble pourtant pas péremptoire. En effet, l'objet du bail s'analyse comme la cession de l'usage d'une chose moyennant un loyer. Or l'*usus*, quand il porte sur une quote-part, comprend d'une part

l'exercice du droit de gestion et notamment du droit de vote dans la décision que la majorité va prendre en vue de fixer le mode de jouissance de l'immeuble et, d'autre part, la perception des revenus ou l'utilisation de la chose par chacun des co-propriétaires conformément à la décision ainsi arrêtée. Ce faisceau de prérogatives qui constituent l'*usus* quand il s'agit d'une quote-part, pourquoi ne pas pouvoir le céder temporairement moyennant un loyer? Du moment qu'on admet sans difficulté la constitution de l'*usufruit* sur une quote-part, on doit, par analogie, permettre aussi le bail de la quote-part en tant que telle. Il est vrai que le bail crée à la charge du bailleur l'obligation de délivrer la chose au preneur dans un état approprié à l'usage convenu et de l'entretenir dans cet état pendant la durée du bail. Mais le bailleur doit être tenu quitte quand il cède à son preneur le droit de gestion qu'il tient en qualité de co-propriétaire et quand il le munit de pouvoirs nécessaires à l'effet de faire usage de ce droit vis-à-vis des autres indivisaires.

D'ailleurs la faculté qui aura été reconnue à tout co-propriétaire de passer un contrat de bail valable relativement à sa quote-part, tout en pouvant être quelque fois une source de difficultés et de complications, ne serait pas sans avantages. Le co-propriétaire trouverait ainsi le moyen de se livrer à des combinaisons autrement variées qui lui permettraient de tirer un meilleur rendement de sa quote-part.

Mais ces considérations ne semblent guère, à ce que nous sachions, avoir impressionné la Jurisprudence pas plus en Turquie qu'ailleurs. Pourtant, à la rigueur de ces solutions, la Cour de Cassation turque apporte un tempérament non-négligeable. Elle admet en effet que les co-propriétaires pourront, à la majorité requise des voix, valablement partager le mode de jouissance de l'immeuble en affectant à chaque indivisaire un lot déterminé de la chose entière avec la faculté pour chacun d'eux de passer un contrat de bail pour la portion de l'immeuble qui aura été affectée à son usage. Du moment que cette façon de procéder et la possibilité pour chacun des indivisaires, de passer des baux pour les parties délimitées de l'immeuble peuvent être décidées par les co-propriétaires, il devra s'ensuivre qu'à défaut d'un accord de la majorité qualifiée, le juge saisi du différend pourra, le cas échéant,

imposer ce mode de jouissance de l'immeuble. Ce sera là, nous semble-t-il, un précieux moyen pour mettre parfois fin d'une façon équitable à certaines difficultés que la gestion de l'immeuble indivis peut soulever.

La simulation et le mandat dans l'acquisition des immeubles : (Arrêt d'unification de Jurisprudence du 5-2-1947).

Dans cet arrêt du 5 Février 1947, la Cour de Cassation a résolu plus d'un problème présentant un intérêt pratique considérable. Il s'agissait de savoir si la prétention soulevée à l'encontre du prête-nom (*) relativement à la propriété de l'immeuble devra s'appuyer sur un acte authentique ou si le demandeur pourra en apporter la preuve par un simple écrit sous-seing privé.

L'arrêt rappelle d'abord la recevabilité d'une pareille action. Il en a été autrement — ainsi que le relève l'arrêt — sous l'empire de la loi du 30 Mars (1329/1913) jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil. La loi de 1913 avait, en effet, exclu toute action en déclaration de simulation qui serait dirigée en matière d'immeuble contre les prête-noms. Cette exclusion aboutissait tout naturellement à consolider la situation du prête-nom en le mettant à l'abri de toute action qui lui serait intentée par le propriétaire véritable ; celui-ci se trouvait donc dépouillé de son droit. Cette disposition de la loi ancienne qui, en matière d'immeuble, enlevait toute valeur aux contre-lettres même *inter partes* s'expliquait par cette idée de renforcer singulièrement la force et la portée des inscriptions du Registre foncier en les rendant pour ainsi dire inattaquables. Bref, c'était là un exemple assez curieux d'une règle juridique qui, bien que puisant sa source dans les considérations du crédit public et de l'intérêt des tiers, a fini par s'imposer jusqu'aux rapports entre les parties. Toutefois ce régime a cessé avec l'introduction du Code civil en 1926, qui a amené l'abrogation tacite de la loi du 30 mars 1913, en sorte qu'il n'existe plus à l'heure actuelle d'obstacle légal à l'ouverture de

(*) Dans la terminologie juridique turque l'expression de prête-nom est employée non seulement pour désigner le mandataire qui agit en son nom et pour le compte d'un autre mais encore toute personne qui figure au Registre foncier comme propriétaire à la suite d'un transfert simulé de la propriété. Pour la critique de cette conception voyez le paragraphe III de cette note.

l'action en déclaration de simulation relativement aux immeubles. C'est ce qu'a décidé un arrêt d'unification déjà ancien du 8 Mai 1941, qui a été rendu pour déterminer la portée dans le temps de la règle nouvelle à laquelle la Cour de Cassation a refusé tout effet rétroactif en limitant la recevabilité de l'action aux seules hypothèses se rapportant aux situations formées postérieurement à la promulgation du Code civil.

Donc, la recevabilité de l'action en déclaration de simulation étant hors de discussion, la question qui se pose désormais est celle-là même qui a été annoncée au début de cette chronique et qu'on peut formuler en ces termes : la contre-lettre consignée dans un écrit quelconque sera-t-elle un titre suffisant à l'appui d'une prétention soulevée contre le prête-nom ? Si un pareil problème se pose la raison en est que les conventions qui obligent les parties à procéder au transfert de la propriété immobilière doivent, pour être valables, être faites par acte authentique. (Art. 634 du C.C. turc - 657 du C.C. suisse). Il semble alors que le problème revient à déterminer la nature du droit sur lequel se fonde l'action dirigée contre le prête-nom. On se demandera, en conséquence, si le demandeur pourra prétendre directement à la propriété de la chose acquise pour son compte ou au contraire s'il devra se prévaloir à l'encontre de son mandataire d'une créance simplement personnelle à l'effet de le contraindre à lui transférer la propriété de l'immeuble. Dans cette dernière éventualité, en effet, il sera obligé d'appuyer sa prétention sur un acte authentique, puisque, ainsi qu'on vient de le dire, les obligations ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière doivent, pour être valables, résulter d'une convention répondant aux exigences de la forme solennelle. En revanche si le demandeur peut soutenir à bon droit que l'immeuble lui appartient point ne sera besoin de s'appuyer sur un acte authentique puisqu'il n'agira point en tant que créancier d'une obligation dont l'objet serait le transfert de la propriété de l'immeuble.

C'est d'ailleurs dans ces termes que la Cour de Cassation s'est posé le problème. Et pour le résoudre elle a commencé par admettre — ce qui était fort contestable — l'équivalence entre l'hypothèse de la simulation quant aux personnes et du mandat donné en vue de l'achat de l'immeuble au nom du mandataire et pour le compte

393
 du mandat. La Cour suprême ne voit pas de raison à différencier ces deux hypothèses qu'elle réunit d'ailleurs sous le même vocable de prête-nom. C'est pourquoi elle n'a pas vu d'inconvénient à raisonner sur le cas du mandat, quitte à étendre sa solution à celui de la simulation.

En ce qui concerne le mandat lui-même, la Cour a commencé par préciser la nature du droit du mandant relativement à l'immeuble acquis par le mandataire. Elle a cru tirer argument de l'article 394 O.C. turc (401 C.O. suisse) pour dire que ce droit n'était autre que la propriété. D'où la conclusion découle tout naturellement que le mandant exerçant la revendication pourra faire la preuve de son droit à l'égard du prête-nom à l'aide d'un simple écrit, sans qu'il soit nécessaire d'appuyer sa prétention sur un acte authentique.

II. — Voilà la courbe assez fidèlement décrite de l'argumentation de la Cour suprême. Elle ne laisse pas de soulever de multiples objections bien que la solution à laquelle la Cour de Cassation a finalement abouti mérite, dans son ensemble, d'être approuvée.

D'abord il est contestable de se servir de l'art. 394 du C.O. pour démontrer que le droit du mandant ne peut être autre que la propriété sur la chose elle-même. Bien au contraire cet article, outre qu'il s'applique exclusivement aux meubles, est là pour attester que le mandant n'a pas la propriété de la chose et que le droit du mandant à défaut de la propriété ne peut être sauvegardé, en cas de faillite du mandataire, que par cette disposition spéciale.

Sans doute songera-t-on ici au dernier bout de phrase du second alinéa de l'art. 32 du C.O. (turc et suisse), pour établir la propriété du mandant sur la chose acquise par les soins du mandataire, ainsi que le font certains auteurs considérables comme *von Tuhr* (2). Mais ces auteurs eux-mêmes sont d'accord pour reconnaître qu'en matière d'immeuble l'art. 32 n'est d'aucun secours. L'existence des droits réels immobiliers étant subordonnée à l'inscription au Registre Foncier, c'est le mandataire qui devient propriétaire puisque l'inscription s'est faite en son nom. Dès lors il

(2) Partie générale du Code fédéral des Obligations, Tome I, p. 312. (Dans le même sens *Oser*, et *André B. Schwarz*, etc.) Personnelle-

incombe au mandataire l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble ainsi acquis et la question reste entière de savoir si le mandat dont l'objet précisément est l'acquisition et le transfert de la propriété immobilière rentre dans la catégorie des actes prévus à l'art. 634 et, comme tel, exige pour sa validité l'observation de la forme authentique.

Butnoir qui s'était posé la question dans sa généralité, répon-

ment nous doutons qu'on puisse se servir de l'art. 32 à cette fin même en ce qui concerne l'acquisition des meubles. C'est qu'il nous semble difficile de considérer que l'art. 32 puisse être applicable aux cas de transfert de la possession. En effet, ce transfert suppose une extériorisation minimum qui s'obtient soit par le déplacement matériel de la chose (la tradition), soit encore par un échange de déclarations de volontés dans ce sens (le *constitut possessoire*). Du moment que la tradition s'effectue entre le possesseur actuel et l'acquéreur, il devra en être de même pour la déclaration concordante des volontés des deux parties, qui le cas échéant tiendra lieu de la tradition elle-même. Nous voulons par là dire que l'échange des déclarations doit également s'effectuer entre le possesseur actuel et l'acquéreur. Autrement dit un échange de déclarations entre l'acquéreur et la personne qui deviendra possesseur à l'avenir ne réalise pas les conditions du *constitut possessoire* et comme tel n'opère pas le transfert de la possession. Et c'est précisément l'hypothèse du mandat donné en vue de l'achat d'une chose au nom du mandataire et pour le compte du mandant. Un mandat de ce genre ne peut pas tenir lieu de tradition puisqu'au moment de sa formation le mandataire n'avait pas encore la possession de la chose. Donc quand celui-ci acquerra la chose du tiers sans révéler sa qualité de représentant, c'est lui qui aura la possession de la chose. D'où l'obligation pour le mandataire de procéder par un acte subséquent au transfert de la possession, soit en recourant à la tradition soit encore à une modalité du *constitut possessoire*. Bref, si en matière d'acte générateur d'obligations, la promesse du contrat vaut le contrat lui-même, il n'en est pas de même pour le transfert, de la possession qui, étant par nature un acte de disposition destiné à renseigner les tiers, exige une certaine publicité et postule comme tel la nécessité de se réaliser entre le cédant actuel et l'acquéreur. Ces considérations semblent s'opposer à l'extension de l'art. 32/2 au cas de transfert de la possession, donc de la propriété, même en matière de meubles. Il est d'ailleurs assez remarquable que la Cour de Cassation turque, dans l'arrêt ici même analysé a refusé incidemment l'application de l'art. 32 à la cession des droits réels sans pourtant donner les motifs que nous croyons devoir donner à l'appui de cette solution négative. Dans cette très brève note

dait que la procuration donnée en vue d'un acte authentique devait nécessairement revêtir la même forme (3). Il semble, en effet, que la protection que doit assurer l'observation de la forme authentique serait illusoire si on pouvait l'éviter par le biais d'une procuration faite sous-seing privé. C'est là un puissant argument qui a impressionné *Rossel* et, parmi les auteurs turcs, *Arsebük* et *Belgesay* (4).

Mais une théorie plus subtile qui s'adapte d'une façon plus adéquate tant à la nature du mandat qu'à la psychologie des parties, a cru pouvoir défendre la solution opposée. C'est notamment le point de vue du Tribunal Fédéral suisse (5) que nous partageons entièrement et que la Cour de Cassation a, à son tour, admis dans le présent arrêt d'unification, en partant il est vrai, d'autres prémisses et paraissant limiter sa solution au mandat donné pour l'achat d'immeubles (6). Si nous analysons ici très succinctement la solution du Tribunal fédéral, nous devons souligner qu'elle se fonde sur cette particularité du contrat de mandat qui consiste dans le pouvoir reconnu au mandant de révoquer le contrat en tout temps. (404 C.O.S.). Le mandant ayant en fait devant soi un laps de temps plus ou moins long entre le moment où il confère à son mandataire les pouvoirs nécessaires pour conclure le contrat et la conclusion du contrat lui-même, détient par là même la possibilité de répudier le mandat dans l'intervalle. Cette possibilité de revenir sur une décision inconsiderée assure au mandant une protection suffisante compa-

nous ne pouvons pas développer davantage ce point de vue que nous n'avancions d'ailleurs pas sans hésitation, en présence des auteurs déjà cités qui enseignent une doctrine différente.

(3) *Bufnoir*, Propriété et contrat, 1900, page 489 et, dans le même sens, *Colin et Capitant*. Tome II, 7ème édition. No 929.

(4) *Arsebük*, le Droit des Obligations (en turc), 1943. Tome I, p. 489; *Belgesay*, Commentaire des droits réels (en turc), 3ème édition, art. 634.

(5) 29 Juin 1938 (*Journal des Tribunaux*) 1940 I. 71 ; 13 juin 1939 (*J.d.T.* 1940.I.496).

(6) En effet un arrêt récent de la Ière Chambre du 21 Janvier 1950 (*Adalet Dergisi*) No 8 p. 1113), rendu à la majorité des voix vient d'exiger la forme authentique pour le mandat conféré en vue de la vente de l'immeuble. Il va sans dire que pour les raisons exposées au texte nous ne partageons pas la doctrine de cet arrêt.

nable à celle là même de la forme authentique dont l'observation prévient les parties des décisions qu'elles seraient tentées de prendre à la légère. Ces considérations ont donc conduit le Tribunal Fédéral à admettre la validité du mandat par acte sous-seing privé donné tant pour l'achat que pour la vente d'un immeuble. L'arrêt d'unification, aussi, au moins pour l'hypothèse du mandat en vue de l'achat de l'immeuble, aboutit comme on vient de le voir à la même solution par un raisonnement différent, que nous avons déjà analysé et qu'il convient maintenant de critiquer en toute objectivité.

III. — Nous avons déjà fait bon marché de l'argument qui consiste à dire que la propriété de l'immeuble acquis par le mandataire en son nom mais pour le compte du mandant appartient à ce dernier. Il nous semble qu'on doit également s'attaquer à cet autre argument qui prétend établir une équivalence entre les hypothèses de simulation et de mandat. La simulation suppose que A.B.C. sont d'accord pour que le contrat véritable fait entre A et B soit passé aux yeux des tiers entre A. et C. Il en va autrement du cas du mandat. A. croit vendre à C., et C. achète en réalité en son nom, bien qu'agissant pour le compte de B., et avec l'intention de lui transférer la chose une fois qu'il l'aura acquise. Mais cette intention commune à B. et à C. reste cachée de A., en sorte que B. demeure tout à fait un tiers à l'égard de A. La différence entre les deux situations est donc parfaitement claire. Il faut pourtant convenir que le régime antérieur au C.C. n'avait pas distingué ces deux cas (7) en sorte qu'il est possible de voir dans les errements de la Jurisprudence un souvenir de notre ancien Droit (8).

IV. — Cette confusion entre les hypothèses de mandat et de simulation a d'ailleurs amené la Cour de Cassation à donner sur le terrain des preuves une solution qui nous paraît également contestable. La Cour suprême exige du demandeur de faire la

(7) On peut, à cet égard, consulter utilement l'art. 1592 du Médjellé qui confond les deux hypothèses ; il en est de même de l'art. 4 de la loi du 30 Mars 1329 qui vise sous la dénomination de prête-nom indifféremment les hypothèses de simulation et de mandat.

(8) Cette confusion on la rencontre déjà dans l'arrêt de la Cour de Cass. toutes Chambres civiles réunies du 16 Janvier 1935 (*Temyiz Kararları* 1935, page 137).

preuve de son droit par un écrit, sans distinguer les faits invoqués à l'appui de la demande — qu'il s'agisse de mandat ou de simulation. Il nous paraît presque certain que la Cour ayant admis une fois pour toute l'identité des deux hypothèses a cru résoudre la question de preuve en fonction de cette idée que la simulation supposant une prétention contre ce qui est écrit, la demande qui serait dirigée contre le prête-nom doit nécessairement être prouvée par titre indépendamment de la valeur de la demande. Et cette solution, la Cour de Cassation turque l'étend évidemment comme allant de soi à l'hypothèse du mandat également. Mais ayant suffisamment relevé la différence entre la simulation et le mandat, il nous semble certain que dans l'hypothèse du mandat c'est la valeur du litige seule qui doit déterminer la nature de la preuve à fournir. La remarque que nous venons de faire a une certaine importance pratique en droit turc, car la prohibition de la preuve testimoniale au-delà d'un certain chiffre souffre dans ce droit d'exceptions plus nombreuses que cette autre règle interdisant de prouver par témoins contre l'écrit, cette seconde règle ayant chez nous une portée quasi-absolue. Nous croyons donc, contrairement à l'avis de la Cour de Cassation, que dans certaines hypothèses du mandat, le demandeur pourra recourir à l'administration de la preuve testimoniale alors que pareille possibilité ne lui serait pas offerte quand il s'agira de l'hypothèse de la simulation.

Malgré les critiques que nous croyons devoir adresser à l'arrêt d'unification de jurisprudence, il nous semble pourtant que cet arrêt a donné une solution équitable, d'ailleurs conforme à l'esprit de la loi, en admettant la validité du mandat en vue de l'achat d'immeuble fait sans acte authentique. Ainsi donc un formalisme excessif a pu être heureusement évité dans des cas fréquents en pratique et c'est là le principal mérite de cet arrêt qui appelle, par ailleurs, tant de critiques et de réserves.

Le bail portant sur une maison de tolérance : (arrêt d'unification du 14 Janvier 1948).

Dans cet arrêt la Cour de Cassation, après bien des hésitations marquées par ses arrêts antérieurs, vient finalement de consacrer la validité du bail se rapportant à une maison de tolérance.

Cette Jurisprudence, que certains auteurs ont louée à l'excès en la qualifiant de réaliste, nous semble pourtant bien singulière. La Cour est partie de cette idée que le règlement sur l'hygiène publique ayant assujéti l'exploitation des maisons closes à l'autorisation de la Police, il serait désormais oiseux de se poser la question de savoir si l'objet du contrat est contraire aux bonnes moeurs. Puisque, dit la Cour, l'affectation de l'immeuble à cette fin se fait avec l'autorisation des pouvoirs publics, la licéité de l'objet du contrat ne peut être mise en cause, et toute recherche en vue d'en établir l'immoralité devient, par là même, superflue.

A considérer les choses de près, la Cour de Cassation semble faire une confusion regrettable entre les notions de Droit public et du Droit privé. La vérité est que l'exploitation d'une maison de tolérance sans l'autorisation des pouvoirs publics entraîne seulement des sanctions pénales (amende et le cas échéant l'emprisonnement) et administratives (la fermeture de l'établissement sans l'intervention du pouvoir judiciaire). L'autorisation de la police a donc pour effet d'assurer aux exploitants l'impunité et de les mettre à l'abri des sanctions administratives. Conclure de là à la licéité de cette triste industrie il y a un grand pas qu'on ne saurait franchir sans porter une grave atteinte aux principes du Droit civil.

En effet, la portée d'une autorisation administrative est toute autre que celle de la règle juridique qui interdit la conclusion des conventions immorales. Ce sont là deux ordres de questions différents entre lesquels il serait vain de vouloir établir une entière coïncidence. Il est de toute évidence qu'une autorisation n'oblige pas le bénéficiaire d'en faire un usage quelconque, celui-ci gardant la latitude de renoncer à tout moment à l'activité pour laquelle l'autorisation en question lui a été accordée. Il en va différemment pour les obligations. Ainsi qu'on l'a dit, toute obligation suppose nécessairement un terme puisqu'un laps de temps plus ou moins long sépare la formation de l'obligation et son exécution. D'où la nécessité pour toute obligation de ne pas avoir un contenu immoral sans quoi la contrainte qui, le cas échéant, devra être mise en oeuvre à l'appui de son exécution mettra le débiteur en demeure de violer la loi morale d'une façon effective et, s'il s'agit d'une obligation successive, d'une manière durable. Or si les pouvoirs publics ne peuvent,

pour ne pas porter atteinte à la liberté des citoyens, s'immiscer, d'une façon intolérable à l'activité de ceux-ci, tant que la sécurité et la salubrité publiques ne seraient pas en jeu, et en conséquence si une certaine indifférence en cette matière leur est recommandable, il n'en demeure pas moins qu'ils ne sauraient prêter mains fortes à celui qui poursuit l'exécution d'une prestation immorale. C'est la raison pour laquelle, dans presque toutes les législations, les obligations ayant pour objet une chose contraire aux bonnes moeurs sont nulles. On a même pu dire que c'était là un principe de Droit naturel.

Dans ces conditions il est permis de faire toute réserve sur la solution donnée par la Cour de Cassation. Il est très probable qu'elle fut amenée à l'adopter pour enlever au propriétaire le droit de se prévaloir de l'invalidité du bail en vue de se débarrasser de son locataire avec l'intention sans doute inavouée, mais quasi certaine, de transgresser les dispositions impératives de la législation sur les loyers. Mais pour cela, il eût suffi de recourir à la règle *nemo auditur turpitudinem allegans*, que l'art. 65 du C. O. turc (l'art. 66 du C.O. suisse) a pourtant consacrée pour un cas spécial en refusant toute répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux moeurs. Cependant la Jurisprudence n'a guère manifesté la tendance d'étendre l'application de cet adage à d'autres hypothèses, en sorte que la Cour de Cassation s'est vue en quelque sorte contrainte à reconnaître la validité du bail pour ne pas avantager les propriétaires peu scrupuleux.

Toutefois il est fort probable que la Jurisprudence n'en restera pas là. Car la Turquie ayant adhéré aux conventions internationales ayant pour objet la répression de la traite des femmes et des enfants (Lake Success 12 Nov. 1947, et 4 Mai 1949) le Parlement vient de ratifier lesdites conventions successivement par les lois du 28 Mai 1949 et du 4 Mars 1950. Dans ces conditions, les pouvoirs publics ne manqueront pas de prendre de nouvelles mesures, en sorte que la disparition du régime actuel, basé exclusivement sur la loi et le règlement de l'Hygiène publique, paraît très prochaine. Malgré cet état de choses, il nous a paru opportun de noter ce moment de la Jurisprudence pour montrer les dangers auxquels on pouvait s'exposer à vouloir préciser le contenu moral de l'obligation à l'aide d'une méthode purement exégétique.