

# LES CARACTERES DE L'ACTION EN PETITION D'HEREDITE ET SON APPLICATION EN DROIT TURC

par

Dr. Kemal Tahir GORSOY

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ankara

## I — LA NATURE DE L'ACTION :

1. L'action mise au bénéfice des héritiers sous le titre d' " action en pétition d'hérédité " se distingue-t-elle des autres actions (l'action pétitoire, l'action possessoire etc.) dont disposent les sujets de droit ? Autrement dit, l'action en pétition d'hérédité est-elle une action spéciale ou l'une des actions précitées ?

En droit romain et en droit commun et d'après la doctrine dominante en droit allemand, italien et grec, l'action en pétition d'hérédité est une action spéciale et distincte.

2. Cette action est spécialement réglée au cinquième chapitre du seizième titre des Codes civils turc et suisse. Mais ni dans les textes de ces lois, ni dans les travaux préparatoires, nous ne trouvons les preuves qu'on a voulu admettre une action spéciale et distincte. Voire, le rapport du gouvernement fédéral qui disait : " Sous ce titre, on a réuni toutes les actions qui peuvent être intentées en rapport avec la succession " <sup>1)</sup> donne l'impression que l'action en pétition d'hérédité n'est pas une action spéciale et distincte, mais une action qui englobe toutes les autres actions déjà existantes.

Cependant, le système de la loi, l'exposé des motifs et les exposés faits à ce sujet par Huber et Gottofrey à l'Assemblée nous laissent croire qu'en Suisse on a voulu admettre une action spé-

1) Bulletin, 1906, XI, p. 302-306.

ciale et distincte<sup>2</sup>. C'est pourquoi, la doctrine turque, comme la doctrine suisse, admet le caractère spécial et distinct de l'action<sup>3</sup>. Le caractère de l'action se conforme d'ailleurs au principe de la succession universelle " admis en droit turc et en droit suisse.

Puisque les héritiers sont saisis de plein droit, ils le sont, non seulement des droits de propriété, mais également des biens qui se trouvaient en la possession du défunt ; puisqu'ils peuvent intenter l'action dérivant de la possession qui appartenait déjà au *de cuius* lui-même, il est permis de prétendre que l'admission d'une sorte d'action en pétition d'hérédité n'est pas une nécessité juridique en droit turc et suisse. Car, en droit romain, l'une des causes de cette action était d'assurer la restitution des biens qui se trouvaient en la possession du défunt.

3. L'action en pétition d'hérédité est une action réelle. Ce caractère de l'action en droit romain et commun, est bien discutable. En droit allemand, à cause du renvoi à l'enrichissement illicite (BGB 2021) on hésite sur ce point.

En droit turc et suisse, si l'on ne prend pas en considération les obligations du possesseur de mauvaise foi, lesquelles dérivent de l'indemnité et des fruits, le but de l'action en pétition d'hérédité est d'assurer la restitution de la succession à l'ayant droit. Et à la base de cette action se trouve le droit de succession de l'héritier. Invoquer le droit de succession, c'est invoquer un droit absolu. Comme les doctrines suisse et turque l'admettent à l'unanimité, l'action ne concerne pas le rapport entre deux personnes, mais le rapport entre une chose ou une succession et une personne<sup>4</sup>. Mais la Cour de cassation turque n'est pas de cet avis. Car, comme nous allons le voir, d'après la Cour suprême, une action ne peut être qualifiée comme action en pétition " d'hérédité " que s'il existe un conflit sur la qualité d'héritier. La possession du défendeur sur la succession ou sur des biens qui en dépendent, n'est pas suffisante.

2) Erläuterungen, s. 424; Bulletin Ste. 1906 XI, p. 302-306.

3) Escher, s. 99, n. 4; Tur, p. 728-730; n. 7-12; Rossel-Mentha, t. II, p. 205; Marrel, s. 69; Leuch, s. 1; Schucan 14 ; Göktürk, 733; Gönensay, 303; Tandoğan, 270.

4) Bulletin ste. 1906, VI, p. 30-306; Escher III, 2, 101; n. 7, Tur, 731; Leuch 7.

4. L'action en pétition d'hérédité est une action en prestation. Selon un avis, en droit romain, le but de l'action est la restitution à l'héritier. C.à.d. l'action tend à exiger une prestation<sup>5</sup>. D'après un autre avis, l'action a le but de constater le droit de succession du demandeur<sup>6</sup>. En droit allemand, en principe, c'est une action en propriété et en prestation, mais en cas d'objection, le juge constate d'abord la qualité d'héritier.

L'article 577 du CCT. (CCS. art. 598) ne contient pas une disposition claire à ce sujet. Dans les textes allemand et français nous voyons les termes de ' Erbschaftsklage ' et ' pétition héréditaire '. En se fondant sur ces termes, peut-on dire que l'action tend à la restitution d'une chose ? Ces termes qui viennent du droit romain et commun, n'avaient pas non plus un sens précis dans ces droits mêmes. Dans le texte turc, on parle "d'une action pétitoire à cause de succession." Mais, à notre avis, en se basant sur le terme d'action pétitoire on ne peut pas prétendre qu'il s'agit ici d'une action en prestation. Car nous n'avons aucune preuve qui puisse nous convaincre que ce terme était employé intentionnellement. Le sens de ce terme n'était pas très clair chez les rédacteurs du Code civil turc. Car le même terme est employé dans des sens différents dans les différentes matières (Art. 618, 902 du CCT).

A notre avis, on peut désigner l'objet de l'action, en se basant sur la disposition de l'article 578 du CCT (CCS 599). D'après cet article "le possesseur restitue selon les règles de la possession au demandeur la succession ou les biens qui en dépendent". Ainsi, le but principal de l'action est la restitution au demandeur des biens qui se trouvent en la possession du défendeur. Dans ce cas, on parle d'une action en prestation. Les exposés de Huber et Gottofrey approuvent cette opinion<sup>7</sup>. La doctrine suisse admet également cette idée<sup>8</sup>. Cependant en Suisse et en Turquie il y a des auteurs qui prétendent que cette action est en même temps une action en constatation du droit<sup>9</sup>. D'après M. H. Berki, l'an-

5) Dernburg, III, 8, 172, 338

6) Windscheld, Bd. 8, 612, n. 3.

7) Bulletin, 1906, IV, 302, 306, 307.

8) Tuor, 731; n. 14. Escher, III s. 101.

9) Rossel, II 206; Marrel, 73, 96

ancien président de la deuxième chambre de la Cour de Cassation turque, cette action a pour objet la constatation de la qualité d'héritier du possesseur. Selon cet auteur, pour parler d'une action en pétition d'hérédité, il faut que le demandeur se fonde sur son droit de succession et que le défendeur qui possède la succession ou les biens qui en dépendent, conteste la qualité d'héritier du demandeur, en ce sens qu'il se donne lui-même comme héritier<sup>10</sup>.

La jurisprudence turque partage cette opinion. La deuxième Chambre de droit de la Cour de Cassation, par sa décision du 3.12.1943 se prononçait ainsi: "Puisqu'il n'y avait pas de conflit sur la qualité d'hérédité, il fallait appliquer les règles concernant la prescription acquisitive ordinaire".

La Cour de Cassation, dans ses arrêts postérieurement rendus, insiste sur son opinion<sup>11</sup>.

L'opinion de la Cour de Cassation turque est ainsi tout à fait différente de celle de la doctrine suisse. La conception de la Cour suprême restreint le champ d'application de l'action d'une manière considérable.

Naturellement, dans une action en pétition d'hérédité, la qualité d'héritier peut être contestée. Dans ce cas, le juge prononce d'abord sur ce point. Mais les effets de sa décision sont limités avec l'objet du procès en question. Ainsi l'action continue d'être une action en prestation. Elle ne demande pas une action en constatation. La situation est également semblable dans une action pétitoire. Lorsque le demandeur conteste le droit de propriété du défendeur, le juge prononce d'abord sur cette prétention. Mais, de ce fait l'action ne change pas son caractère, elle ne devient pas une action en constatation. La question offre un intérêt tout spécial. Car si l'action en pétition d'hérédité est considérée, en même temps, comme une action en constatation, la décision du juge aura tranché définitivement la question relative à la qualité d'héritier et ainsi cette décision sera considérée pour

10) Miras ve tatbikatı " Succession et son application ", p. 338.

11) Arrêt de la deuxième section de droit du 20.1.48; 5345/322 (Tepeci, t. II, p. 571), Arrêt de la Cour de Cassation; chambre réunie du 11.11.53 ; 53/66 (Tepeci, t. II, p. 572)..

toutes les actions qui seront intentées par le défendeur, comme un jugement ayant la force de chose jugée.

## II — LES PARTIES AU PROCES

### I. Le demandeur

Les héritiers : l'héritier institué ou légal a le droit d'intenter cette action. Mais quel est le sens de l'expression employée par l'art. du CCT. selon laquelle l'action en pétition d'hérédité appartient à quiconque se croit autorisé à faire valoir "... comme héritier, des droits préférables...". En effet est-il nécessaire d'être héritier, ou bien, serait-il possible, sans égard à la qualité d'héritier, de se contenter du seul fait de "se croire comme héritier"? De l'autre côté, quel est le contenu véritable des "droits préférables," mentionnés par le même article? Pour ce dernier point, on a l'impression qu'il serait suffisant que le demandeur ait un droit de préférence à l'égard de la personne avec laquelle il est en conflit. Par exemple, le de cujus a un descendant comme héritier légal, mais l'oncle de celui-là qui est un héritier de troisième parentèle du défunt, est en possession de la succession. Dans ce cas, on peut se demander si le neveu du de cujus se fondant sur le droit d'être héritier de deuxième degré du défunt, et dès lors, sur son droit préférable, pourrait intenter une action en pétition d'hérédité contre l'oncle du de cujus. Une interprétation à la lettre de l'article précité pourrait nous conduire à une réponse affirmative. Mais, en Suisse, la doctrine ainsi que la jurisprudence, malgré le texte de loi, sont tout à fait d'accord sur le fait que, dans ce cas, l'action en pétition d'hérédité ne peut être intentée que pour l'héritier le plus proche<sup>12</sup>.

Comme nous l'avons déjà souligné, une personne qui, en réalité, n'est pas l'héritier le plus proche, mais qui se croit tel, ne peut pas intenter l'action en pétition d'hérédité. C'est pourquoi les termes employés dans l'article sont à la fois trompeurs et inexacts.

Dans le cas où il y a un seul héritier, comme celui-ci a la

12) Escher, Art. 598, n. 5, Tuor, 598, n. 6, Leuch, 64, Schucan, 32, BGE 45 II 307.

possibilité d'intenter toutes ses actions contre tous les possesseurs des objets dépendant de la succession, le problème est bien simple. Car, s'il est le seul héritier de ce chef, le propriétaire de la succession, la possession d'autrui sur la succession n'est pas fondée. Et même ledit héritier va obtenir son droit, c.à.d. son droit de propriétaire, par le moyen de l'action en pétition d'hérédité. Mais s'il existe plusieurs héritiers, comme c'est souvent le cas, une relation de propriété commune qui, dans notre CC. a été appelée " la communauté héritière " d'ailleurs d'une façon erronée, sera née de plein droit. En réalité, ici, il existe une relation de propriété commune au sens de l'article 629 (CCS 652) du CCT. Au terme de l'article 630 al. II. (CCS 653 II), "à défaut d'autre règle, les droits des communistes, en particulier celui de disposer de la chose, ne peuvent être exercés qu'en vertu d'une décision unanime ". Le deuxième al. de l'art. 581 (CCS. 602) confirme l'article précité dans les termes suivantes : "... disposent en commun des biens qui dépendent de la succession, sauf les droits de représentation et d'administration réservés par le contrat ou la loi ".

Alors, aussi longtemps que la propriété commune continue à exister, c.à.d. tant que la communauté héréditaire ne touche pas à sa fin, les héritiers ne peuvent disposer qu'en commun des biens qui dépendent de la succession. En d'autres termes, les rapports de la propriété simple ne sont pas encore établis. Par conséquent l'un des héritiers ne peut pas agir de son propre chef, tous les héritiers doivent agir en commun et en vertu d'une décision unanime. Pourtant, si la succession ou une partie des biens qui en dépendent se trouvent en possession d'autrui, c'est la communauté héréditaire, c.à.d. tous les cohéritiers à l'unanimité ou bien le représentant de ladite communauté qui a le droit de réclamer du possesseur<sup>13</sup>.

Aussi longtemps que dure la propriété commune, les héritiers ne peuvent intenter l'un contre l'autre que l'action en partage, mais pas l'action en pétition d'hérédité<sup>14</sup>.

13) Tuor, Art. 602, n. 33, art. 599, n. 10-12; Escher, 602, n. 58-59, Leuch, 15, Schucan, 43, BGE 41 II 28, SJZ 14. 216. 26. 29.

14) Tuor, Art. 598, n. 12, Escher, s. 104, n. 13, Art. 598, n. 3. Leuch,

C'est pourquoi nous ne partageons pas certaines opinions de doctrine turque qui se sont appropriées l'idée selon laquelle les héritiers peuvent intenter l'action en pétition d'hérédité l'un contre l'autre.

Dans un arrêt unifiant la jurisprudence daté du 27.4.1949 et numéroté 7/8 qui a été d'ailleurs aboli par un autre arrêt daté du 26.4.1954 et numéroté 7/17, la Cour de Cassation turque s'était prononcée comme suit à ce sujet : " En cas d'action en pétition d'hérédité entre les héritiers, ceux-ci ne peuvent pas faire usage, l'un contre l'autre, de l'exception de prescription acquisitive. Par contre, si l'action intentée par l'un des héritiers n'est qu'une action pétitoire, comme il résulte clairement de l'art. 578 du CCT., le défendeur a le bénéfice des règles concernant la prescription acquisitive. Le CT ne fait pas de distinction entre l'action pétitoire, intentée par les héritiers dont la qualité d'héritier n'est pas contestée, afin d'obtenir les biens de la succession ou une partie en dépendant qui se trouve en possession d'un autre héritier et l'action qui a été portée en justice par ceux qui ne sont pas héritiers. En d'autres termes, les dispositions applicables à l'action pétitoire, intentée entre les personnes qui ne sont pas héritières ne se distinguent guère de celles de l'action en revendication ouverte par les héritiers entre eux, pour ces derniers la loi n'ayant pas prévu une disposition spéciale.

En vertu de cet arrêt de la Cour de Cassation, que nous venons de citer ci-dessus, l'action concernant les conflits entre les héritiers qui a pour objet des biens de la succession ne serait pas une action en pétition d'hérédité, mais une action pétitoire. Toujours selon la Cour de Cassation, on peut faire valoir l'exception pour cause de prescription acquisitive dans un tel procès. Pour nous, ce point de vue est sans fondement ; d'abord, une action pétitoire est une action qui a pour but d'obtenir une chose dont on est propriétaire. Or, jusqu'au partage, les héritiers ne peuvent pas disposer de leur propre chef des biens dépendant de la succession; il ne serait pas possible pour eux d'intenter une action pétitoire au sens de l'article du CCT 618 (CCS 641). Et en sui-

te, aussi longtemps que dure la communauté héréditaire, les héritiers ne peuvent intenter l'un contre l'autre que l'action en partage. Il est superflu de souligner que la dite action, c.à.d. l'action en partage est imprescriptible. C'est pourquoi nous trouvons mal fondée la discussion doctrinale et jurisprudentielle relative au droit d'exception de la prescription acquisitive. Bien que l'arrêt unifiant la jurisprudence de la Cour de Cassation dont nous avons parlé ci-dessus, ait été aboli par un autre arrêt d'unification postérieurement rendu le 26.4.1954, sub No. 20/17, comme le premier nous permet de connaître le point de vue de la Cour de Cassation turque, nous le considérons comme un arrêt ayant une importance capitale.

## 2. Le défendeur :

Contre qui pourrait-on intenter cette action ?

Bien que la loi contienne des précisions suffisantes sur les demandeurs de l'action, elle est presque muette, quant au défendeur. L'article 578 de notre code qui parle des effets de la dite action, qualifie le défendeur par le mot " adversaire ".

Dès lors, cette notion, c.à.d. le statut juridique du défendeur, pourrait être précisée par l'évolution historique de l'institution.

a. D'abord, il faut que le défendeur soit le possesseur des biens dépendant de la succession. Le CCS qui est l'origine de notre code, parle de celui qui possède la succession ou des biens en faisant partie. En conséquence, il faut que le défendeur ait la possession de la succession ou des biens en dépendant. En droit allemand (2018), prenant en considération la terminologie de 'possession' employée par la loi, on a prétendu que cette action peut seulement être intentée contre une personne qui détient une chose corporelle. Mais certains auteurs en s'appuyant sur la terminologie, 'etwas' (quelque-chose), énoncée également par le même article, pensent que la dite action peut être soulevée non seulement contre ceux qui détiennent la possession d'une chose corporelle, mais encore, contre tous ceux qui possèdent des choses incorporelles<sup>15</sup>.

En Turquie, le problème n'est pas encore résolu. Néan-

15) Binder, 395 ; Herzfelder, V 2018 III.



moins, comme il s'agit de la possession d'une chose, toutes les choses susceptibles de possession peuvent être l'objet de cette action. Dès lors, cette action peut être intentée aussi contre ceux qui détiennent une chose incorporelle.

b. D'après l'opinion dominante, le possesseur d'un objet de la succession ne doit pas nécessairement s'en servir pour son propre intérêt. Et même, il n'est pas nécessaire que le possesseur détienne la chose pour le seul but d'être propriétaire. C'est pourquoi on peut ouvrir cette action contre ceux qui détiennent la chose comme prêt à usage ou comme louage. Cependant, demeurent réservés les cas protégés par la bonne foi<sup>16</sup>.

c. A ce propos, il reste une autre question à résoudre : est-il possible d'intenter cette action si la possession d'autrui avait commencé du vivant du de cujus ? Ou bien, faut-il qu'elle ait commencé après la mort de celui-ci ?

En droit romain et en droit commun on pourrait intenter cette action contre la personne qui avait obtenu la possession de la chose du vivant du de cujus et qui, pendant le procès, la possède encore.

En droit allemand, prenant en considération le mot de "succession" employé par l'article 2018, on pense que la possession de la chose par autrui doit avoir commencé après la mort du de cujus. En conséquence, en droit allemand, cette action ne peut pas être ouverte contre celui qui a obtenu les biens de la succession du de cujus lui-même. En Turquie, le problème n'est pas mis en évidence. Cependant, il ne serait pas possible d'aboutir à un résultat semblable au droit allemand, en se basant sur le mot "succession" employé par le texte allemand et français du CCS. Car, en droit allemand, le mot "Erbschaft" a été défini d'une manière précise. D'autre part, l'expression "sur une succession — Erbschaft" employée par le CCS indique seulement un droit sur une situation juridique mais pas sur une chose. Mais serait-il possible de porter atteinte à cette situation juridique du vivant du de cujus ? On ne peut pas recourir à l'action en pétition d'hérédité dans ce cas si le défendeur refuse de rendre la succession aux héritiers sans contester leur droit mais en se basant sur d'autres

16) Planck, V 2018, n. 2, Leuch, 31.

raisons. Dans le cas contraire, c.à.d. dans le cas où le défendeur conteste la qualité d'héritier la dite action peut être intentée. Mais l'action ne peut être intentée que jusqu'à ce que les héritiers soient effectivement possesseurs de la succession. Si la succession est entre les mains des héritiers et si le défendeur est devenu possesseur après ce fait l'action ne peut être intentée. Car après ce moment tout acte d'usurpation et de trouble commis par le possesseur ne peut être considéré que contre le successeur, mais non contre la succession même. En ce cas ce sont l'action en possession, l'action en propriété et l'action pour cause d'acte illicite qui peuvent être intentées. Dans de pareils cas le possesseur ne conteste pas la qualité d'héritier du successeur.

d. Est-il nécessaire que le défendeur soit en possession d'un bien faisant partie de la succession? En droit romain l'action en pétition d'hérédité pouvait être intentée non seulement contre celui qui a la possession en qualité d'héritier (*Possessore pro herede*) mais aussi contre un possesseur qui n'a aucune prétention d'être héritier du *de cuius* (*pro possessore possessor*). Le BGB consacre le droit d'action seulement au *possessore pro herede*. La situation est la même dans le code civil grec. Mais par contre le code civil italien admet expressément que cette action peut être intentée aussi contre celui qui ne prétend pas être héritier du *de cuius*.

Notre code civil ne contient pas une disposition expresse à ce propos. Que doit-on comprendre du terme 'possesseur' de l'article 577? Contre qui l'action en pétition d'hérédité peut-elle être intentée? Huber pose cette question dans les exposés des motifs de l'avant-Projet de 1900 et donne la réponse suivante: 'Viel mehr ist es für genügend zuerachten, wenn als Kläger Ansprecher gezeitlichen oder andern Erbrechts genannt wird, wobei dann die Klage undenklich ausser gegen den Besizer aus erbrechtlichem Titel auch gegen jeden andern Besitzer gestattet werden kann, oder also gegen jeden dem gegenüber der Kläger aus seinem Erbrecht ein besseres Recht zu haben glaubt'<sup>18</sup>.

Pendant la discussion du projet du CC le 28 mai 1904

18) Erläuterungen, 424.

dans les Assemblées le rapporteur Gottofrey remarqua que le projet sans faire aucune distinction admet le droit d'action contre tout possesseur qui refuse de restituer la succession ou un bien qui en dépend. Par conséquent ce droit d'action prévu par le projet est plus étendu que celui du BGB ou du droit commun<sup>19</sup>. Huber en sa qualité de rapporteur de la loi, déclara aussi que le défendeur peut être le possesseur en qualité d'héritier d'une autre personne qui prétend être le propriétaire de la chose par une cause particulière telle que le contrat de vente, etc, et refuse de restituer la succession ou les biens qui en dépendent. Mais Rossel es d'avis contraire. D'après lui, le procès ne peut être intenté que contre le possesseur ayant la qualité d'héritier. L'opinion de cet auteur se fonde sur la réponse positive donnée par le rapporteur de la loi contre la question posée à la commission d'experts par Loretan; en effet ce dernier avait demandé : si le possesseur est une tierce personne qui n'a pas la qualité d'héritier, l'action qui peut être intentée contre lui ne doit-elle pas être une action pétitoire et non une action en pétition d'hérédité<sup>20</sup>? Certains auteurs turcs admettent aussi l'opinion de Rossel.

Comme nous l'avons déjà remarqué, cette opinion est admise également par l'arrêt d'unification du 27.4.1949. D'après cet arrêt, il faut que le défendeur se considère héritier. Dans son arrêt d'unification, notre Cour Suprême a exigé de nouveau la même condition en disant : ' contre un héritier dont la qualité d'héritier est contestée '. Cette opinion est défendue dans les arrêts postérieurs de notre Cour de Cassation<sup>21</sup>.

En Suisse les auteurs sont unanimes à admettre que cette condition n'est pas une condition sine qua non<sup>22</sup>.

e. Si le défendeur base sa possession sur une cause particulière (titre spécial) existante entre lui et le défunt sera-t-il possible d'intenter une action en pétition d'hérédité ? Et à qui appartiendra le fardeau de la preuve au sujet de l'existence ou de la non existence de ce titre spécial ?

19) Bull. Sten. 1906, p. 306.

20) Bull. Sten. 1906, p. 303.

21) Jale Güral, 409; Gönensay, p. 408.

22) Escher, 598-7; Tuor, 598-16; Teuch, 24; Marrel, 93; Schucan, 64.

Sur ce point qui est l'un des plus délicats problèmes de l'action en pétition d'hérédité les systèmes juridiques de différents pays n'ont pas pris une position claire. Selon la conception du droit romain, du droit commun et du droit allemand cette action ne peut être intentée contre une personne qui est en possession d'un bien dépendant de la succession pour une cause particulière, telle que la donation, la vente, le bail et le prêt<sup>23</sup>.

Dans les droits suisse et turc on ne peut pas résoudre le problème en se basant sur le texte de la loi qui n'est pas clair. A l'Assemblée Fédérale les rapporteurs Hofmann et Gottofrey ont déclaré que cette action peut être intentée contre quiconque est en possession des biens dépendant de la succession pour une cause particulière<sup>24</sup>. Si nous interprétons cette déclaration textuellement, nous devons admettre que l'action en pétition d'hérédité pourra être intentée contre toute personne qui est en possession des biens faisant partie de la succession par la simple raison d'avoir conclu un contrat de vente, un contrat de donation ou un contrat de prêt à usage avec le de cujus.

Huber est d'un avis contraire. Selon lui, le défendeur ne peut être que celui qui est en possession en qualité d'héritier et non celui qui est en possession pour cause particulière<sup>25</sup>.

Ce dernier point de vue l'a emporté. Car l'action en pétition d'hérédité est un moyen accordé contre toute sorte d'acte d'usurpation et de trouble commis contre la succession. En effet celui qui est en possession d'une chose en raison d'une raison particulière qui existe entre le de cujus et lui ne commet aucun acte d'usurpation ou de trouble. Sa situation est tout à fait légale, elle ne lèse pas les droits des héritiers, par conséquent, il demeure dans la même situation où il était du vivant du de cujus. D'autre part, une pareille prétention de la part de l'héritier n'est pas compatible avec sa qualité de successeur, car celui-ci en sa qualité d'héritier universel est tenu de respecter le contrat conclu par le de cujus. Contre un tel possesseur on ne peut recourir qu'à l'action

23) Windscheid, III, 614, n. 5. Dernburg III, 172, 340. Planck 2018, 2.

24) Bull. Sten. 1906, p. 478, 306.

25) Tuor, p. 732, V. 17. Escher p. 104, n. 2.

qui eût appartenu au de cujus lui-même<sup>26</sup>. Il découle de l'admission du principe de la succession universelle que dans une action en pétition d'hérédité si le possesseur déclare que sa possession est fondée sur une cause particulière existante entre lui et le de cujus, l'action devra être rejetée. Le juge doit d'abord prononcer par un jugement préjudiciel s'il existe une possession pareille ou non. Et dans l'affirmative il devra rejeter l'action en pétition d'hérédité.

f. A qui incombe le fardeau de la preuve au sujet de l'existence d'une cause particulière existante entre le de cujus et le défendeur ? Est-ce le demandeur ou le défendeur qui est chargé de l'établir ? Ce point est encore l'un des plus délicats et difficiles problèmes de l'action en pétition d'hérédité. Les opinions des auteurs sont divergentes. En droit commun la doctrine se divisait en deux groupes. Le premier groupe soutenait que l'existence des conditions nécessaires d'une demande étant à la charge du demandeur, celui-ci doit aussi prouver la non-existence de l'exception soulevée par le défendeur<sup>27</sup>. Selon le deuxième groupe, la prétention de l'existence d'une cause particulière étant une exception, doit être prouvée par le défendeur<sup>28</sup>. Dans le droit suisse, Leuch fait une distinction. Selon cet auteur si l'objet de la demande est une chose corporelle, il faut appliquer les règles concernant la possession et le fardeau de la preuve incombe au demandeur, mais par contre, si le possesseur prétend que sa possession est fondée sur un droit personnel ou sur l'un des autres droits réels, le fardeau de la preuve sera à sa charge<sup>29</sup>.

Dans le cas où le défendeur soulève une exception d'une cause particulière entre le de cujus et lui, la nature du conflit sera changée et il y aura une action en constatation et non une action en prestation. Pour cette raison Tuor est d'avis que le juge sera obligé de rejeter l'action en pétition d'hérédité, en cas d'une pareille exception. Pour des raisons simplement pratiques Escher admet que le fardeau de la preuve incombe au défendeur, s'il sou-

26) Escher, Art. 598-7, Tuor 598-25, Rossel, II, p. 207.

27) Windscheid, III, 615-14.

28) Dernburg, III, 176, n. 16, p. 314.

29) Leuch, 67.

lève l'exception de la cause particulière. Car toujours selon lui, si nous admettons le contraire, d'une part le demandeur serait chargé d'établir un fait négatif et d'autre part le défendeur qui soulève cette exception peut être de mauvaise foi<sup>30</sup>. Le Tribunal Fédéral partage l'opinion de Tuor<sup>31</sup>.

g. Peut-on ouvrir cette action contre la tierce personne qui détient du possesseur les biens qui dépendent de la succession? Ici le droit de l'héritier n'est pas lésé par l'acquéreur de bonne foi mais par le premier possesseur qui a remis les biens de la succession à ce dernier.

### III — L'APPLICATION DE L'ACTION EN PETITION D'HEREDITE EN DROIT TURC :

Depuis plus de trente ans le CC est en vigueur en Turquie. Quel champ d'application a trouvé l'action en pétition d'hérédité en sa qualité d'action spéciale? Si ces dispositions ont eu plusieurs chances d'être appliquées, on en déduira que cette institution correspond à un besoin juridique et social et on dira que le législateur a bien fait de prévoir une telle action pour protéger le droit des héritiers. Dans le cas contraire, on dira que cette action est superflue ou bien que les dispositions sont insuffisantes pour le but prévu.

Comme c'est le cas en droit suisse, notre recherche nous a montré que l'action en pétition d'hérédité n'est appliquée en droit turc que dans les cas rares. En effet, ces derniers temps, soit dans la jurisprudence turque, soit dans la doctrine, on parle beaucoup de l'action en pétition d'hérédité. Mais la question ne concerne pas l'action en pétition d'hérédité en sa qualité d'institution spéciale, mais surtout on discute sur l'application de l'art. 639 (CCS 662) contenant la prescription extraordinaire entre les héritiers, notamment si l'un des héritiers est possesseur d'un immeuble entrant dans l'indivision héréditaire. Ce qui est intéressant, c'est que, à propos de ces conflits on n'a pas insisté sur la nature et les caractères de l'action en pétition d'hérédité, mais on a discuté dans ces conflits si le défendeur pouvait soulever l'exception prévue par le

30) Leuch, 67.

31) Tuor, 735-24, BGE, 41 II 26

dernier alinéa de l'art. 578 (CCS 599). Comme on le sait, selon cet alinéa : " le défendeur ne peut opposer la prescription acquiescive à l'action en pétition d'hérédité. "

On aurait dû d'abord examiner si l'action soulevée par l'un des cohéritiers, ayant pour objet un immeuble héréditaire avant le partage est une action en pétition d'hérédité et ensuite si l'action soulevée par l'un des cohéritiers peut avoir le caractère d'une action pétitoire ou bien d'une action en pétition d'hérédité. En outre, un indivisaire peut-il soulever une de ces actions contre un autre indivisaire ? Car d'après la disposition de l'art. 581 (CCS 602) l'un des héritiers ne peut disposer avant le partage qu'en commun des biens qui dépendent de la succession. A mon avis, dans les arrêts de la Cour de Cassation turque, que nous avons déjà cités on n'a pas observé les principes de l'action en pétition d'hérédité et de l'indivision héréditaire. Quelle est la cause de cette application rare et parfois inexacte ? Je ne peux que répéter à cet égard un passage de l'étude précieuse de M. Schucan pour le droit suisse : 'Dass sich nun die Erbschaftsklage trotz all dieser nicht unwesentlichen Vorteile keine vermehrte Bedeutung verschaffen konnte, muss überraschen. Die blossе Tatsache, dass in den meisten kantonalen Privatrechtsordnungen ein gleichartiges Institut fehlte, vermag dies nicht hinreichend zu erklären. Gewiss war diese weitgehende Unkenntnis, verbunden mit der summarischen und wenig aufschlussreichen Regelung der Materie im ZGB nicht dazu angetan, die Klage populär werden zu lassen. Waere jedoch ein dringendes Bedürfnis für einen derartigen privilegierten Eigenschutz vorhanden gewesen, so haette sich die Erbschaftsklage in den seit dem Inkrafttreten des ZGB nun verflossenen dreissig Jahren sicher die entsprechende Geltung verschaffen können. Dies um so mehr, als ja schon im Jahre 1913 jedem Rechtskundigen die ausführlichen Kommentare von Tuor und Escher und dazu auch noch die gut orientierte Dissertation von Leuch zur Verfügung gestanden haben. Die geringe Anwendung bedarf somit einer anderen Erklärung, und ich glaube eine solche darin erblicken zu können, dass bei den, man darf wohl sagen, geordneten schweizerischen Rechtsverhältnissen der Tatbestand des Erbschaftsbesitzes nur selten in der Form vorliegen wird, die eine volle Auswirkung der Vorteile der hereditatis pe-

titio zur Folge haben könnte und dass in allen anderen Faellen, in denen ein Unberechtigter dem Erben irgend einen Erbschaftsgegenstand vorenthaeft, dieser mit der jeweiligen Singularklage eben so gut zum Ziele kommen wird.<sup>32</sup>

Si les observations précitées de Dr. Schucan sont vraies pour le droit suisse, elles le sont aussi pour le droit turc. Car le droit islamique qui était en vigueur en Turquie avant le CC ne connaissait pas une telle institution. Le Président Berki dans son ouvrage intitulé "la succession et son application" dénomme cette action en se référant au droit musulman comme action successorale. Comme nous l'avons déjà discuté, l'action signalée par le dit auteur est plutôt une action en constatation de droit, c.à.d. une action ayant pour but de faire constater la qualité d'héritier du demandeur. Par conséquent une action spéciale protégeant les droits des héritiers était tout à fait nouvelle soit pour le public soit pour les juristes ; d'où en Turquie plus qu'en Suisse on pourrait se heurter à des difficultés. Tel a été en effet le cas. A côté de ces raisons historiques il faut ajouter que les caractères de l'action en pétition d'hérédité n'étaient pas bien connus en Turquie. Il faut signaler que dans notre pays on manque d'études, même de commentaires, répondant au besoin de la pratique en matière de droit successoral. Cet état des choses peut être montré comme cause de l'ignorance en ce qui concerne l'action en pétition d'hérédité. Il est vrai que c'est une cause, mais elle n'est pas la seule. Car un ouvrage excellent de Nedim Ergüven a été déjà mis à la disposition des praticiens et des théoriciens depuis 1942. Si l'on avait voulu on aurait pu en profiter, mais malheureusement ce ne fut pas le cas. Très probablement sous l'influence du droit musulman l'action en pétition d'hérédité dans les arrêts de la Cour de Cassation turque a été considérée comme une action en constatation de la qualité d'héritier du demandeur et un moyen pour empêcher l'acquisition d'un immeuble appartenant à l'indivision héréditaire, par l'un des héritiers possesseurs. Cette application nous paraît erronée. Car l'action en pétition d'hérédité est donnée aux héritiers pour être employée contre les tierces personnes, qui sont possesseurs, alors qu'

32) Leuch, 119-120.



ils n'ont aucun droit pour l'être, c.à.d. que cette action est donnée seulement pour être employée contre les tiers usurpateurs. Si cet usurpateur est un cohéritier, les autres cohéritiers ne peuvent intenter cette action contre ce dernier, pendant que la durée de l'indivision demeure entre eux. Car pendant l'indivision chaque héritier a une situation égale à l'égard des objets entrant dans l'indivision, c.à.d. que tous sont propriétaires, tous sont possesseurs dans les mêmes conditions, jusqu'au partage. Si l'un des cohéritiers dépasse ses droits les autres dont le droit est lésé, ne peuvent intenter contre celui-ci que l'action en partage. Il est superflu d'ajouter qu'une telle action est imprescriptible. (Art. 583, CCS 604). Comme cette action n'a rien à faire avec l'action en pétition d'hérédité, il n'y a aucun inconvénient pour que le défendeur soulève l'exception de la prescription acquisitive.

Si l'on partage mon opinion, et en face de ses applications erronées, on dira qu'en Turquie l'action en pétition d'hérédité n'a pas trouvé un champ d'application, du moins qu'il a trouvé un champ d'application très restreint. En effet dans les arrêts de la Cour Suprême, nous ne trouvons aucune indication sur les caractères principaux de celle-ci, notamment sur la substitution ou la compétence des tribunaux quant aux mesures prévues par le deuxième alinéa de l'art. 577 (CCS 598). Une autre raison, pour que cette action soit inconnue en Turquie, ce sont les mesures prévues par les articles 101-113, du Code de Procédure Civile turc. Ces dernières dispositions rendent inutiles les mesures prévues par l'article 577 du CC. parce que les premières sont plus détaillées et complètes que celles de ce dernier article.

#### IV — LA NECESSITE DE L'INSTITUTION :

1. En tenant compte de l'application restreinte de l'institution soit en Turquie soit en Suisse peut-on conclure que cette action ne soit guère nécessaire, même superflue ? Il faut avouer que la principale cause pour laquelle les législations modernes connaissent une telle action est historique. Si on ne peut dire qu'elle est indispensable, quand même l'action peut rendre aux intéressés plusieurs services. La masse héréditaire est une unité juridique qui change de maître par le décès. Pendant le changement du maître, il faut munir les in-

téressés d'une action qui corresponde à la nature de l'objet, un objet qui est un patrimoine contenant plusieurs relations et biens juridiques. La dévolution effective de la masse successorale ne se réalise pas toujours sans incident. La lacune surgie à propos du décès du de cujus n'est pas toujours comblée tout de suite. La succession entière ou un objet appartenant à celle-ci peut être accaparée par les tiers. C'est pour cela que pour empêcher une telle immixtion les législations modernes ont trouvé juste de reconnaître aux héritiers une action spéciale. Même dans les pays dont les codes ignorent l'action en pétition d'hérédité, les tribunaux sont arrivés à la connaître par la voie de la jurisprudence, notamment en France. A cet égard il est très important de signaler les deux codes les plus modernes, celui d'Italie (Art. 533, 534) et celui de la Grèce (Art. 1871-1883), qui contiennent des dispositions spéciales à ce propos. Ceci est une preuve que les codes modernes n'ont pas pu ignorer l'action en pétition d'hérédité.

Pourtant, le législateur turc comme celui de la Suisse, a trouvé opportun de donner un moyen spécial aux mains des héritiers pour défendre leur droit, le cas échéant. Mais le code suivant son système est ici très bref. Il ne contient que quelques dispositions sur les lignes principales de l'action. Alors c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de combler les lacunes qui paraissent être assez vastes. Comme M. Schucan, nous trouvons aussi les articles du CC consacrés à l'action en pétition d'hérédité vagues et insuffisants. Alors que les codes civils allemand et grec contiennent une quinzaine d'articles le nôtre n'en contient que trois.

2. De ces constatations peut-on conclure que cette institution soit totalement superflue dans notre droit ? Il sera très important d'examiner cette question, surtout maintenant où l'on parle d'une révision du CCT. J'avoue qu'il ne m'est pas très facile de résoudre ce problème d'une façon affirmative ou négative. Car on ne pourrait pas dire que cette action trouverait un champ d'application large même si le code avait prévu des dispositions détaillées, comme celles du BGB. Car en Allemagne même, où le BGB a prévu quatorze articles, on ne pourra pas dire que dans ce pays cette action ait été appliquée aussi souvent que les autres actions. On peut en dire autant pour la France où l'action n'est admise que par la jurisprudence.

De l'application restreinte de l'action on ne doit pas, pensons-nous, arriver à une conclusion négative. Le manque d'usage d'une arme n'est pas une raison pour qu'elle soit abandonnée. Ainsi l'existence d'un moyen efficace qui peut être utilisé au besoin contre l'usurpateur peut exercer sa fonction sans qu'elle soit employée. Il peut au moins faire diminuer le nombre des actes d'usurpation et de trouble. Dans l'application erronée et restreinte qui est imputable à l'oeuvre du législateur-même, on ne doit pas voir une cause pour l'abolition de celle-ci. Le perfectionnement et le complément des dispositions sur l'action en pétition d'hérédité du code nous paraît être la meilleure solution. Comment peut-on réaliser ceci ? Il vient à l'idée de profiter des dispositions du BGB qui a suffisamment bien réglé l'action. Y a-t-il une deuxième solution ? M. Schucan est convaincu d'en avoir trouvé une. Laissons la parole à M. Schucan : " Heute, nach dreissigjährigem Bestehen des ZGB, können wir dieses Vorgehen des Gesetzgebers als verfehlt bezeichnen, ohne uns damit dem Vorwurf leichtfertiger Behauptung auszusetzen. Die Praxis hat in unmissverständlicher Weise gezeigt, dass für schweizerische Verhältnisse die Erbschaftsklage nicht das geeignete Mittel zur Realisierung des an sich begründeten Erbenschlutzes darzustellen vermag. Ihr komplizierter Aufbau, der in dem Art. 598 ff. ZGB nur andeutungsweise umrissen worden ist, verunmöglicht es nicht nur dem Laien, sie in ihrem ganzen Umfange zu überblicken, sondern wird auch den Rechtskundigen im konkreten Einzelfall vor subtile Fragen stellen.

In dieser Hinsicht ist denn auch Rümelin beizustimmen, der ausführte, dass sich die Tragweite der Erbschaftsklage gar nicht sicher übersehen lasse, da ihr Inhalt nicht genügend bestimmt erscheine (vgl. Text S. 112). Wenn er jedoch de lege ferenda eine dem BGB analoge und ausführlichere Regelung auch für das ZGB anempfiehlt, so muss diese Anregung zurückgewiesen werden, denn es ist kaum wahrscheinlich, dass durch eine derartige Präzisierung eine wesentliche Aenderung des herrschenden Zustandes zu erreichen wäre. M. E. stellt sich bei der Frage nach der Art einer künftigen Regelung vielmehr das Problem, ob nicht die der Erbschaftsklage inhaerenten Vorteilen unter Verzicht auf ein spezielles Institut durch Modifizierung der ererbten Einzelklagen praktisch wirksamer gestaltet werden können.

Ein in diesem Sinne erfolgter Antrag wurde allerdings bei den Beratungen zum BGB nicht erhört, doch soll uns dieser Umstand nicht hindern, für das Gebiet des schweizerischen Rechts den Nachweis zu erbringen, dass die Möglichkeit besteht, durch geeignete Ausgestaltung der ererbten Einzelklagen im Sinne einer Kombination prozess- und zivilrechtlicher Normen dem heute noch einem Bedürfnis entsprechenden Erbenschutz praktische Gestalt zu verleihen und somit die Erbschaftsklage durch einfachere und wirkungsvollere Mittel ersetzt werden kann.

Zu diesem Zweck will ich auf das kantonale Recht zurückgreifen; mich jedoch im Speziellen auf das zürcherische Privatrecht beschränken, da einerseits eine geeignete Lösung m.E. nur auf Grund rein schweizerischen Rechtsgutes gefunden werden kann und andererseits das zürcherische Privatrecht eine der kantonalen Rechtsordnungen darstellt, welche den Tatbestand der Erbschaftsklage zu regeln verstanden, ohne dafür ein besonderes Institut zu haben.

So hatte es denn das zürcherische Recht versanden, mittels Kombination von zivil- und prozessrechtlichen Bestimmungen einen Erbenschutz zu schaffen, der einerseits dank seines konstruktiv einfachen Aufbaues dem praktischen Bedürfnis sicher besser entsprach als die, dem gemeinen Recht entnommene *hereditatis petitio*, und der andererseits doch die wesentlichsten Vorteile des durch die Erbschaftsklage theoretisch vermittelten Schutzes enthielt.

Auf Grund der nun wohl hinreichend erfolgten Erörterung des problematischen Wertes der Erbschaftsklage, und nachdem anhand wenigstens eines Beispiels gezeigt worden ist, dass das kantonale Recht auch ohne Schaffung eines speziellen Anspruches das Postulat des Erbenschutzes zu realisieren verstand, glaube ich die Frage nach der Existenzberechtigung der Erbschaftsklage verneinen, und de lege ferenda eine, bezüglich ihres konstruktiven Aufbaues dem zürcherischen Recht analoge Regelung vorschlagen zu dürfen. Es könnte sich bei einer eventuellen Praeklusion der Erbschaftsklage selbstverständlich nicht darum handeln, die Bestimmungen des zürcherischen Rechts in ihrem Wortlaut ins ZGB zu übernehmen und so auf den Stand der Gesetzgebung vor 1912 zurückzu-

kehren. Es müsste im Gegenteil die Gerichtsstandbestimmung des Art. 538, Absatz 2 ZGB sowie die Neuerungen, welche bezüglich der Herausgabepflicht, der Ersitzung, der Verjährung und der speziellen Sicherungsmassnahmen statuiert worden sind, beibehalten werden, wobei sich allerdings all diese Bestimmungen nicht mehr auf einen materiellen Gesamtanspruch, sondern auf die ererbten Einzelklagen zu beziehen hätten".

La proposition de M. Schucan ne nous paraît pas satisfaisante. Cet auteur accepte que l'héritier soit protégé d'une façon spéciale. Mais il est convaincu que ce but ne peut pas être réalisé par l'action en pétition d'hérédité. Jusqu'ici il n'y a aucune raison pour que nous ne soyons pas d'accord avec lui, sous quelques réserves. Car la protection de cette action n'est que formelle et juridique, mais pas effective. De nombreuses difficultés d'application suppriment presque totalement son utilité. Mais il ne nous paraît pas clair comment les actions provenant d'une usurpation ou d'un trouble, munies de certains privilèges, pourront mieux protéger les héritiers. Même dans ce cas, comme d'ailleurs l'auteur lui-même l'avoue, les difficultés ne sont pas totalement évitées. Toutes les difficultés qui se posent à propos de l'action en pétition d'hérédité se poseront maintenant à propos de ces actions qu'on vient de proposer. Alors il nous reste deux alternatives : rejeter cette institution de notre code, ou bien compléter et perfectionner ces dispositions. Si l'on tient compte des droits prussien et français on doit préférer la dernière solution. Car dans ces droits c'est la pratique qui a imposé l'institution, ce n'est pas le code. Cela n'est-il pas une raison probante pour ne pas nier la nécessité de l'institution? Deuxièmement, les codes les plus modernes comme celui de la Grèce et celui de l'Italie prévoient cette action. Dans cet état de choses il sera imprudent de dire que cette institution est totalement superflue, dont les traces se trouvent dans chaque système juridique moderne et classique.

Je me résume : il faut compléter les dispositions de notre code en tenant compte des besoins de la Turquie.

Ankara, le 14 mai 1959

## BIBLIOGRAPHIE

- BINDER, J. : Die Aechtsstellung des Erbern nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Leipzig, 1905.
- DERNBURG, H. : Das bürgerliche Recht, 5. Band, Deutsches Erbrecht, Halle, 1905
- DERNBURG, H. : Pandekten, 3.Bd., Familien-und Erbrecht, 7. Auflage, Berlin, 1903
- ENECCERUS - KIP und WOLF, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 5, Das Erbrecht, Marburg, 1930
- ERGÜVEN, NEDİM, Miras sebebiyle istihkak dâvası, İstanbul, 1942
- ERLÄUTERUNGEN zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, II. Heft, Erbrecht, Bern, 1901 (cit. Erl.)
- ESCHER, A. : Kommentar zum schweizerischen ZGB 3. Bd. Das Erbrecht, Zürich, 1912
- ESCHER, A. : Kommentar zum schweizerischen ZGB, 3. Bd. Das Erbrecht 2. umgearbeitete Aufl., Zürich, 1938
- GÜRSOY, K. : Miras sebebiyle istihkak dâvası, 1958, Ankara
- HELLWIG, K. : Anspruch und Klagerecht. In : Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozessrecht des deutschen Reiches, Bd. 5, Jena, 1900
- HERZFELDER, F., In: J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen, V. Bd., Erbrecht, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig
- LEUCH, G. : Die Erbschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Bern, 1912
- MARREL, A. : L'action en pétition d'hérédité, Diss. Lausanne, 1915
- Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 5. Bd., Erbrecht, Amtl. Ausgabe, Berlin, 1888.
- PLANCK, G. : Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Bd., Erbrecht, 4. Auflage, Berlin und Leipzig, 1924
- ROSSEL et MENTHA, Manuel du Droit Civil Suisse, Lausanne, 1909
- STROHAL, E. : Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1903
- WINDSCHEID, B. Lehrbuch des Pandektenrechtes, bearbeitet von Th. Kipp, Bd. III, Frankfurt a. M. 1906.