

İsviçre Federal Mahkemesi kararları karşısında

**TÜRK YARGITAYININ BAZI İÇTİHAT BİRLEŞTİRME
KARARLARI**

Yazan : Prof. Dr. N. BİLGE

Türkiye'de Batı kanunlarının iktibas (Réception) konusunda 27-30 Temmuz 1959 tarihleri arasında Luxembourg şehrinde toplanmış bulunan Milletlerarası mukayeseli hukuk konferansında, bilhassa Türk Medenî Kanununun kabulünden bu yana, hususî hukuk sahasında iktibasın doğurduğu meseleler müzakere konusu yapılmıştır. Bu konferansta yirmiye yakın Türk hukukçusu tarafından tebliğ edilmiş olan raporlardan bir kısmı, İsviçreli meslektaşları tarafından hazırlanmış olan karşılık raporlarla birlikte tetkik ve müzakere edilmiştir (*).

Åşağıya, tarafımızdan tebliğ edilen raporla, Cenevre (Genève) hukuk fakültesi Medenî hukuk Profesörü sayın W. Yung tarafından takdim edilen rapor aktarılmış bulunmaktadır.

Konferans tutanakları henüz elimize geçmemiş olduğu için işbu raporlar üzerinde yapılan müzakereler hakkında tafsilâta girmeden, sadece raporları sunmakla yetiniyoruz. Raporlar Fransızca yazılmış oldukları için buraya da aynı şekilde aktarıyoruz.

(*) İşbu konferans, Türkiyenin garp kanunlarını iktibas konusunda, 1955 yılında İstanbulda, 1956 yılında Barselon'da toplanmış olan konferansların bir devamı olarak, UNESCO'nun himayesi altında, Milletlerarası hukukî ilimler derneği ile bu derneğin Luxembourg komitesi tarafından Luxembourg'da tertiplenmiştir.

QUELQUES ARRETS DE LA COUR DE CASSATION TURQUE

en comparaison de ceux du tribunal fédéral suisse

par

Dr. Necip BİLGE

Prof. de Droit civil à la Faculté de Droit d'Ankara

PLAN :

- I. Classification des arrêts de la Cour de Cassation turque.
- II. Effet d'une norme suisse sur la jurisprudence turque.
- III. Quelques cas spéciaux traités par la Cour de Cassation turque
- IV. Conclusion.

I. CLASSIFICATION DES ARRETS DE LA COUR DE CASSATION TURQUE.

Pour la bonne compréhension des explications suivantes, il nous paraît utile de donner quelques éclaircissements sur la division et la portée des jugements de la Cour de cassation.

On peut diviser les arrêts de la Cour de cassation turque en trois groupes : Arrêts des chambres particulières, Arrêts des chambres réunies en séances plénières et Arrêts d'unification de jurisprudences. (Art. 1, 6, 8 Loi sur l'org. de la Cour de Cassation).

1. Arrêts des chambres particulières.

Ces arrêts sont rendus par les chambres particulières de la Cour sur le recours en cassation contre les jugements de première instance. Dans l'organisation judiciaire turque, il n'existe pas de tribunaux d'appel. Les parties peuvent recourir directement à la Cour de cassation, contre le jugement de première instance susceptible de recours. Mais par contre les tribunaux inférieurs ont le droit d'insister une fois sur leur décision cassées par les chambres compétentes de la Cour (art. 429 CPC. Turc).

Le droit suisse ne connaît pas, nous semble-t-il, cette institution en matière fédérale. Car la disposition de l'art. 66 de la

loi fédérale sur l'organisatiton judiciaire, oblige la juridiction cantonale de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral.

2. Arrêts des chambres civiles ou pénales réunies en séance plénière.

Ces arrêts sont rendus, par les chambres réunies en séance plénière, sur le recours - interjeté une deuxième fois - contre le jugement qui insiste. Si le recours est jugé fondé, l'affaire est renvoyée à la juridiction inférieure qui est cette fois tenue de fonder sa nouvelle décision sur des considérants de droit relevés par la Cour.

Les arrêts indiqués ci-dessus, sous les nos. 1 et 2 sont des jugements d'espèce et n'ont de force exécutoire qu'à l'égard des personnes en cause dans le procès. Il n'y a point de publication officielle pour ces arrêts. Seules des périodiques privées cherchent à y pourvoir.

3. Arrêts d'unification de jurisprudence.

Ces arrêts sont rendus ou par l'ensemble de la Cour (vereinigter Grosse Senat du droit allemand) ou par l'une des deux sections civile ou pénale (Grosse Senat du droit allemand) réunie chacune en séance plénière. (Art. 8 Loi sur l'org. de la Cour de Cassation)

Le droit suisse ne connaît également pas l'institution d'arrêt de l'unification de jurisprudence. Mais cette institution, connue aussi du droit allemand (cf. Gerichtverfassungsgesetz § 134-138), joue un rôle important en droit turc. Car la Cour de cassation pose par ces arrêts, des règles abstraites qui lient tous les tribunaux pour les cas analogues. On peut alors considérer ce genre d'arrêts comme une vraie source formelle du droit objectif. Ils sont, pour cette raison, publiés dans le Journal officiel.

Les arrêts de l'unification de jurisprudence sont, en règle générale, rendus sur la demande de l'une des chambres de la cour. Cependant, quiconque se considère intéressé, peut également s'adresser à la première présidence de la cour de cassation en vue d'obtenir l'arrêt de l'unification de jurisprudence. (Art. 8 de la loi citée)

II. EFFET D'UNE NORME SUISSE SUR LA JURISPRUDENCE TURQUE.

Dans l'application du code civil turc (cité CCT), qui est, on le sait, une adaptation intégrale du code civil suisse (cité CCS), la cour de cassation turque est bien desfois arrivée à des conclusions analogues à celles tirées par le Tribunal fédéral suisse. Bien qu'elle soit principalement liée par le texte du CCT., la cour de cassation se voit même obligée à se référer, le cas échéant, aux textes originaux des dispositions appliquées et à leur interprétation faite dans le pays d'origine.

Il faut cependant relever que, dans la doctrine turque, deux opinions opposées s'affrontent au sujet de savoir si le Juge turc peut s'inspirer du texte de la loi d'origine et partant de la doctrine aussi bien que de la jurisprudence suisse. Les motifs de ces deux opinions peuvent se résumer comme suit :

a) Selon à un point de vue, le juge turc est lié seulement par le texte turc. Le texte original (Français, Allemand, Italien) du CCS. lui est totalement étranger. Par conséquent, ni le texte original, ni les interprétations qu'en donnent la doctrine et la jurisprudence du pays d'origine ne peuvent et ne doivent jouer aucun rôle dans l'application et l'interprétation du CCT. par les tribunaux turcs.

Selon les adeptes de ce point de vue, le juge ne doit chercher dans l'application d'une loi, que la volonté du législateur turc. Et celui-ci ne pouvant exprimer sa volonté qu'au moyen de la langue turque, cette volonté se trouve cristallisée dans le texte turc. Même si, entre le texte adopté et le texte original, il y a des divergences due à l'imperfection de traduction, le juge n'est pas autorisé à se référer au texte étranger.

Il est permis d'exprimer que, surtout pendant les premières années après l'adoption du CCS. les arrêts de la cour de cassation turque reflètent constamment ce point de vue.

b) Une autre idée soutient au contraire le point de vue suivant lequel le juge peut, dans la mesure de nécessité, s'inspirer soit du texte, soit de l'interprétation des dispositions particulières du CCS.

Les partisans de cette opinion se fondent sur le dernier alinéa de l'art. 1 du code civil qui autorise le juge, d'une manière absolue, à profiter de la jurisprudence et de la doctrine. Etant donné que le texte de cette disposition a une expression absolue et ne fait aucune différence entre la doctrine et la jurisprudence nationales d'une part et étrangères de l'autre, il n'y a pas de raisons compréhensibles pour empêcher le juge de profiter, s'il estime nécessaire, du texte et de l'interprétation originale du code.

D'autre part, on relève le fait que l'évolution historique de l'ancien droit ne peut jouer de rôle prépondérant, au moins pour les débuts, pour expliquer et interpréter un code adopté, comme celui du CCT qui a un caractère plutôt révolutionnaire qu'évolutionnaire. Il est hors de doute que le code civil a une figure conservatrice pour la Suisse; mais ce n'est pas le cas pour la Turquie. Pour celle-ci, l'adoption du CCS signifie le passage définitif d'un droit à base religieuse et scolastique à un droit laïc et moderne.

Le code civil étant adopté en bloc par l'organe législatif turc, il serait inutile de rechercher la volonté du législateur pour interpréter les dispositions particulières du code. Car la volonté connaissable du législateur ne vise que l'acte de réception. Le juge se sent alors obligé, en cas de doute, de rechercher, faute de traditions juridiques, les raisons directrices qui ont conduit le législateur à faire une telle réception. Ces facteurs peuvent se résumer en deux points : la modernisation et la laïcisation du droit civil.

Arrivé à ce point, il faudra tout de suite relever que, la réception du code civil suisse n'a pas pour la Turquie la signification d'une simple traduction des dispositions particulières d'une loi; mais elle a bien plutôt la portée de recevoir l'esprit et la méthode d'un système entier de droit, des concepts et des principes qui l'inspirent.

Du reste, la méthode d'interprétation littérale ou historique n'est plus à elle seule, considérée aujourd'hui, comme tout à fait apte à atteindre le but assigné au droit. Le juge doit non seulement tenir compte du texte de la loi et de l'intention originale du législateur, mais également de la ratio legis, c'est à dire l'idéal qui inspire la loi. Il est appelé à rajeunir la loi, par une interprétation conforme à l'esprit et aux besoins du temps où elle est appliquée.

Alors, le juge turc doit, dans la mesure et aussi longtemps qu'une référence aide à atteindre le but visé, avoir la faculté de puiser aussi bien dans le texte original que dans l'interprétation faite par les tribunaux et les jurisconsultes du pays d'origine. Mais cette faculté reconnue au juge, ne peut naturellement pas signifier que le juge turc soit lié par le texte et par l'interprétation du code d'origine. Tout cela n'aura pour lui qu'une valeur scientifique pour éclaircir son chemin.

Nous pouvons affirmer que la majorité de la doctrine turque admet cette manière de voir et la jurisprudence de la cour de cassation y est adhérente depuis plus d'une quinzaine d'années. En effet, plusieurs arrêts de la cour suprême turque en donnent des preuves. Par ex. dans un arrêt de l'unification de jurisprudence, en date du 28 Nov. 1945, la cour de cassation s'exprime en ces termes :

«Dans l'interprétation de nos lois, bien que nous devons avoir sous les yeux nos propres textes, nous ne pouvons pas, étant autorisés de nous inspirer de la doctrine, renoncer à examiner les textes d'origines.»

Cette façon de raisonner est également conforme à l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence suisse. En effet, soit le tribunal fédéral, soit les auteurs suisses se réfèrent souvent aux auteurs allemands ou français. Il suffit d'ouvrir au hasard un volume d'arrêts du Tribunal fédéral pour constater avec quel soin cette instance appuie ses décisions sur les opinions doctrinales et jurisprudentielles du pays et de l'étranger.

Et maintenant nous allons examiner de plus près quelques arrêts de la Cour de cassation turque, en comparaison de ceux du Tribunal fédéral suisse.

III. QUELQUES CAS SPECIAUX TRAITES PAR LA COUR DE CASSATION TURQUE.

1. Action en justice d'un associé exclu de l'association, contre la décision d'exclusion (Art. 65, 68 CCT; Art. 72, 75 CCS.).

L'art. 72 du CCS est ainsi conçu :

«Les statuts peuvent déterminer les motifs d'exclusion d'un sociétaire; ils peuvent aussi permettre l'exclusion sans indication de motifs.

Dans ces cas, les motifs pour lesquels l'exclusion a été prononcée ne peuvent donner lieu à une action en justice.

Si les statuts ne disposent rien à cet égard, l'exclusion n'est prononcée que par décision de la société et pour de justes motifs.».

L'alinéa 2 de cet article fut traduit en turc d'une façon peu heureuse et qui prête à confusion. Il dit en effet ceci :

«Dans ces deux cas, l'exclusion ne peut donner lieu à une action en justice.».

On voit que les termes du texte original «les motifs pour lesquels l'exclusion» ont été remplacés seulement par le mot «exclusion».

On comprend tout de suite que les deux textes, pris à la lettre, conduisent aux résultats différents.

En effet, d'après le texte suisse, l'associé exclu peut ouvrir l'action en justice contre la décision d'exclusion, sans avoir pourtant le droit de discuter la nature ou la justesse des motifs; tandis que, prise à la lettre, la version en turc de l'alinéa précité, ne permettrait point d'attaquer en justice la décision d'exclusion. Mais une pareille interprétation serait sans doute contraire à la disposition expresse de l'art. 68 du CCT (Art. 75 CCS.). Car cet article, portant la note marginale «protection des droits des sociétaires» reconnaît à tout sociétaire le droit d'ouvrir action en justice, dans le délai légal, contre les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires.

Dans l'application de l'art. 65 du CCT, une divergence de jurisprudence s'est présentée entre deux arrêts de la IV. chambre de la Cour, quant à savoir si l'associé exclu avait ou non le droit d'attaquer en justice la décision d'exclusion.

La Cour de cassation, réunie en séance plénière, prenant justement en considération, la contradiction flagrante entre les dispositions dont il s'agit, a interprété l'art. 65 du CCT non pas d'une façon littérale, mais conformément au but rationnel de la règle et elle

a conclu qu'on doit comprendre cette disposition telle qu'elle est conçue dans le texte original. L'exposé des motifs de l'arrêt de la Cour unifiant la jurisprudence peut se résumer comme suit :

«Il faut mettre en accord les deux dispositions contradictoires des art. 65 et 68, et pour y arriver il est nécessaire de comprendre et d'interpréter l. al. 2 de l'art. 65 du code, d'une façon conforme au texte original. Ce dernier permet, au sociétaire exclu, dans des cas où les statuts indiquent les motifs d'exclusion, d'attaquer la décision de la société en alléguant que les motifs ne sont pas réalisés ou la décision n'est pas valable pour vice de forme. L'associé n'a cependant pas le droit de discuter la nature ou la justesse des motifs.

Si les statuts indiquent par ex. l'ivresse, le jeu ou l'activité politique comme des motifs d'exclusion et si l'un de ceux-ci est réalisé à l'égard d'un associé, celui-ci ne peut ester en justice en prétendant que ces motifs ne justifient pas l'exclusion. Mais par contre le sociétaire aura le droit d'intenter le procès en vertu de l'art. 68 du CCT contre la décision d'exclusion en alléguant qu'il n'a pas commis l'acte indiqué, à savoir l'ivresse, le jeu etc. ou que la décision prise est viciée dans la forme, soit par ex. que le quorum statutaire n'a pas été atteint et que par conséquent la décision se trouve en opposition avec les statuts.

Dans des cas où les statuts ne déterminent pas des causes de l'exclusion, le sociétaire a également le droit d'action, selon la même disposition, contre la décision de son exclusion, qui constituerait un abus de droit.

La plupart des auteurs suisses renommés dans le monde juridique et parmi lesquels surtout ceux du commentaire de Zürich reconnaissent, en vertu des dispositions de l'art. 75 du code civil suisse (Art. 68 CCT), le droit d'ester en justice au membre exclu, peu importe que les statuts indiquent ou non les motifs d'exclusion. Les règles de la justice et de l'équité l'ordonnent. Les statuts peuvent en effet contenir un article exprimant par ex. qu'un membre communiste, traître, voleur ou réactionnaire doit être exclu de la société. Il serait alors incompatible avec l'exigence de la justice et de l'équité, de ne pas reconnaître à l'associé exclu le droit de recourir au tribunal, selon l'art. 65 du code, au cas où l'organe compétent, agissant sous l'influence de sentiments de haine ou de répugnance, aurait exclu un des membres innocents, bien que les vrais

motifs d'exclusion ne soient pas réalisés. Une pareille décision constituerait une violation flagrante des statuts.

Si les statuts, sans indiquer les motifs, autorisent l'association d'une façon générale, à exclure un membre, celui-ci aura également le droit d'ester en justice, contre la décision d'exclusion en invoquant qu'elle constituerait un abus de droit.

En raison donc des explications données ci-dessus et en présence de l'art. 68 du CCT et de l'art. 75 du CCS qui est à l'origine de notre code, les termes de l'art. 65 al. 2 doivent être compris et interprétés comme le texte suisse. Par conséquent, si les statuts déterminent les motifs d'exclusion, l'associé exclu peut intenter action contre la décision d'exclusion, en invoquant le vice de forme ou le fait que les motifs indiqués ne seraient pas réalisés, sans toutefois avoir la faculté d'en discuter la nature ou la justesse. Si les motifs d'exclusion ne sont, par contre, pas déterminés dans les statuts, l'associé exclu peut également recourir au tribunal contre la décision d'exclusion qui constituerait un abus de droit.»

Cette jurisprudence qui est unanimement approuvée par la doctrine turque, est également conforme à l'interprétation, stricte il est vrai, donnée, en Suisse, à l'art. 72 CCS. (Cf. ATF. 51 II 239-1926 I 98; Egger, Personenrecht Art. 72 No. 8-19; Art. 75 No. 15-19; Tour, Das Schweizerische ZGB § 16 III c).

En effet, la doctrine et la jurisprudence suisse n'accordent à l'associé exclu la possibilité de recourir au tribunal qu'en cas de violation des règles de forme et qu'en cas d'abus manifeste de droit.

2. La bonne foi du cocontractant ne supplée pas au défaut de l'incapacité de discernement.

L'article 15 du CCT s'exprime, d'une façon conforme au texte français de l'art. 18 CCS, que «Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effets juridiques; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi.»

D'autre part, le dernier alinéa de l'art. 360 du même code (Art. 375 al. III CCS), est ainsi conçu : «L'interdiction n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à partir de la publication».

En présence de ces deux dispositions du code, une contradiction s'est produite dans la jurisprudence, quant à savoir si la bonne foi du tiers contractant avec la personne totalement inca-

pable est ou non protégée et si par conséquent le tuteur est ou non obligé d'apporter la preuve de la mauvaise foi du tiers, en plus de l'incapacité de discernement.

La I. chambre de la cour de cassation avait jugé le 6 Juin 1936 que la bonne foi du tiers contractant avec la personne totalement incapable de discernement, n'est pas du tout protégée. Tandis que, la chambre commerciale de la même cour était arrivée dans son arrêt du 27 Juin 1940 à un résultat tout à fait contraire.

La conséquence de la première jurisprudence consiste en ceci: La partie invoquant l'incapacité de discernement doit prouver seulement cette incapacité au moment de la passation de l'acte juridique et non pas aussi la mauvaise foi de l'autre partie; tandis qu' en adoptant la deuxième jurisprudence, il serait nécessaire d'apporter également la preuve de la mauvaise foi, ce qui aggraverait, dans la procédure, la situation de l'incapable.

La Cour de cassation réunie en séance plénière, le 28 Juillet 1941, a préféré, avec raison pensons - nous, la première conception et dit expressément que «la bonne foi du tiers ne peut suppléer au défaut de l'incapacité d'exercice et écarter ainsi la nullité de l'acte provenant de l'absence de discernement. Car celle - ci mérite bien plus de protection que la bonne foi du tiers. Le dernier alinéa de l'art. 360 du code (375 in fine du CCS) disposant que le jugement de l'interdiction est opposable au tiers de bonne foi seulement après sa publication, ne peut être appliqué qu'au cas où le tiers, dans une action en nullité de l'acte passé avec un incapable, s'appuie sur le jugement de l'interdiction. Mais le dit alinéa ne peut pas être appliqué dans le cas où il serait établi d'une façon certaine que la personne dont il s'agit aurait été dépourvue de la capacité de discernement nécessaire pour la validité de l'acte, au moment de sa conclusion. Parce qu'en ce cas l'acte juridique est déjà nul selon l'art. 15 du code (Art. 18 CSS).»

La lettre ou l'esprit de cette disposition ne pourrait souffrir d'aucune autre signification ou interprétation. On ne pourrait donc pas charger la partie qui se prévaut de l'incapacité de discernement, encore du fardeau de la preuve de mauvaise foi du tiers contractant; il suffi simplement qu'il soit définitivement établie l'absence de la capacité requise pour contracter, au moment de la passation de l'acte convenu.

L'interprétation donnée en Suisse à ces dispositions ne se diffère pas de la jurisprudence turque. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, mon vénérable Professeur Sauser-Hall s'exprime comme suit : «Les tiers qui traitent avec une personne, dont ils ignorent, de bonne foi, la complète incapacité ne sont pas protégés. Lorsqu'il s'agit de majeurs interdits pour cause d'incapacité de discernement les tiers sont informés par la publication officielle de la mise sous tutelle, et l'interdiction leur est opposable à partir de cette publication (Art. 375 al. 3)... Pour les actes de l'incapable antérieurs à la publication de l'interdiction, dans aucun cas, le tiers ne peut invoquer la validité de l'acte juridique conclu avec ou adressé à un complètement incapable, en alléguant qu'il ne connaît pas, ni ne pouvait connaître l'incapacité de discernement de l'autre partie (Fiches jurid. suisses No. 575 p. 3; cf. encore ATE. 55 II 157, 225 - JDT. 1929 I 31, 98; Egger Personenrecht Art. 18 No. 3; Familienrecht, Art. 375 No. 4; v. Tuhr/Siegewart, § 27 V No. 16, § 28 VI 3, § 55 No. 63).

3. La preuve de bonne foi.

L'article 3 du code civil pose une présomption quant à l'existence de la bonne foi : Celui qui, pour la naissance de son droit, invoque sa bonne foi n'est pas obligé d'en faire la preuve; mais c'est la partie adverse qui doit prouver la mauvaise foi de l'autre partie. Cela signifie le renversement de règle relative au fardeau de la preuve édictée par l'art. 6 du code (Art. 8 CSS). Ce renversement du fardeau de la preuve se justifie par le fait que la bonne foi a un caractère négatif et ne peut, par là, être que difficilement prouvée. Tandis qu'au contraire, la mauvaise foi, comportant des actes positifs, elle doit pouvoir être établie plus facilement. Cependant cette preuve aussi peut présenter certaines difficultés, car elle concerne également un phénomène qui relève du domaine interne. C'est pourquoi, l'alinéa 2 de l'art. 3 permet à l'adversaire d'écarter la présomption légale en établissant des faits extérieurs qui ne permettent plus de prétendre la bonne foi. Cet alinéa dispose en effet que, nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui. Ainsi, la bonne foi sera exclue, non seulement lorsqu'une personne a agi en connaissant la véritable situation, mais encore lorsqu'elle a dû la connaître en prêtant l'attention

commandée par les circonstances. Elle n'existera plus lorsqu'une personne négligera de procéder à un examen sérieux de la situation afin de se faire une idée raisonnable.

Arrivé à ce point, le problème suivant se pose : Le juge peut-il prendre d'office en considération les circonstances particulières qui, dans un cas donné, exclueraient la bonne foi ?

La I. chambre de la cour de cassation se prononçait, dans son arrêt du 22 Mars 1949, de la façon suivante : «La mauvaise foi qui est le contraire de l'état normal, doit être établie par la partie adverse. Les circonstances dont on peut déduire la mauvaise foi ne peuvent d'office être relevées par le tribunal.»

Mais la V. chambre de la cour arrêta le 29 Mars 1949 en sens contraire et dit que : «La mauvaise foi de la personne qui ne peut légalement invoquer sa bonne foi, en raison des circonstances particulières, n'est pas à être établie par l'autre partie. Elle peut d'office être prise en considération par le tribunal.»

La cour, saisie de cette divergence, a unifié la jurisprudence par son arrêt du 14 Fvrier 1951 dans le sens de l'arrêt de la V. chambre. On peut résumer l'arrêt de la Cour comme suit :

«Puisqu'en raison du deuxième alinéa de l'art. 3 du code, la mauvaise foi doit être considérée comme définitivement établie, lorsque la prétention d'être de bonne foi est incompatible avec l'attention commandée par les circonstances, il n'y a plus de motifs légitimes de charger encore la partie adverse d'apporter la preuve de la mauvaise foi, comme c'est le cas à l'égard de la personne présumée de bonne foi selon l'al. 1 de l'art. 3. Le fait de ne pas demander à l'autre partie la preuve de ce qui est considéré comme déjà réalisé et établi n'est point contraire à l'art. 6 du code civil (Art. 8 CCS) qui règle la répartition du fardeau de la preuve, ni aux dispositions de la loi de procédure civile.

Par ex. la demande d'attribution de la propriété du fonds et de constructions faites par ses propres matériaux sur le fonds d'autrui est légalement conditionnée, selon l'art. 650 du code (art. 673 CCS), entre autres, à l'existence de la bonne foi. Mais une pareille demande du propriétaire des matériaux ne pourra être admise, lorsque celui-ci n'a pas le droit d'invoquer sa bonne foi, parce qu'il n'aurait pas prêté l'attention que les circonstances par-

ticulières de l'espèce permettaient d'exiger de lui. Si cet état de chose ressort des pièces du dossier, le juge doit d'office le prendre en considération, comme c'est le cas par ex. pour la capacité d'exercice ou autres conditions légales analogues. Et il n'existe aucune raison légale et juridique qui puisse mettre obstacle à cette manière de voir.

Il est vrai que certains auteurs turcs et suisses donnent comme exemple l'art. 650 (673 CCS), en traitant l'art. 3 du code; mais on ne peut, en raison des motifs expliqués ci-dessus, en tirer la conclusion selon laquelle on est également obligé d'appliquer la règle principale (de l'art. 3 al. 2) même à l'égard d'une personne qui ne peut invoquer sa bonne foi.

En résumé, on ne peut pas obliger la partie adverse à apporter la preuve de la mauvaise foi d'une personne qui ne peut, dans un cas donné, légalement invoquer sa bonne foi en présence des circonstances - qui ressortent des pièces du dossier - et dans cet état de chose le tribunal peut d'office prendre en considération la bonne ou mauvaise foi dont dépendrait la naissance ou l'exclusion d'un droit.»

En ce qui concerne le droit suisse, nous n'avons pas rencontré de jurisprudence traitant directement ce problème. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral dit, en effet, simplement ceci : (ATF. 83 II 126 - JDT. 1958 I 175) :

«On ne peut exiger d'une façon générale que le banquier qui achète ou reçoit en nantissement des titres au porteur s'enquière au préalable de leur provenance ou vérifie si son cocontractant a le droit d'en disposer. A moins de circonstances spéciales de nature à éveiller sa méfiance, il est fondé à considérer que le porteur des titres a le droit d'en disposer, leur simple possession créant dans ce sens une présomption sur laquelle il peut s'appuyer.»

Cet arrêt, qui renvoie à la jurisprudence antérieure du tribunal fédéral, ne tranche pas la question de savoir si le juge peut d'office prendre en considération «les circonstances spéciales de nature à éveiller la méfiance».

Il nous semble cependant que le tribunal fédéral suisse préfère le point de vue suivant lequel, les circonstances spéciales excluant dans un cas donné la bonne foi, doivent être prouvées

par la partie qui se prévaut de la mauvaise foi de son adversaire. Il s'exprime en effet dans son arrêt paru au recueil officiel 70 II 103 - JDT 1944 I 439. en ces termes : «Selon les constatations du tribunal cantonal, *le demandeur n'a pas établi, comme l'y obligeait l'art. 3 al. 2 CC,...* l'existence des motifs sérieux de doute que la banque défenderesse n'eût pas dû négliger».

4. Le droit personnel de grands - pères et - mères sur leurs petits - enfants.

Le Tribunal fédéral suisse n'admet pas de droits personnels d'un grand-père sur son petit-fils (ATF. 54 II 5 - JDT 1928 I 194). Tandis que la Cour de cassation turque, prenant en considération les besoins du milieu social, reconnaît ce droit à un grand-père. La jurisprudence constante de la II. chambre peut se résumer comme suit :

«Le désir d'un grand-père de voir et de recevoir son petit fils, qui sera probablement son héritier, est une aspiration irrésistible provenant du lien de sang commun. Par conséquent, vue la disposition de l'art. 1 du code qui autorise de juge à combler les lacunes de la loi, il est justifié d'instituer des relations personnelles entre le grand-père et le petit-fils.» 1

IV. CONCLUSION.

On voit que dans l'application du code civil turc, la Cour de cassation :

- a) reconnaît au juge la faculté de s'inspirer du texte et de l'interprétation originaire du code civil suisse;
- b) n'arrive cependant pas toujours à la même conclusion que le Tribunal fédéral.

QUELQUES ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION TURQUE Comparés avec Ceux du Tribunal Fédéral

Rapport rédigé à propos du rapport du professeur
N. BILGE par W. YUNG, professeur de droit civil
à l'Université de Genève.

Le présent rapport se bornera à reprendre les
différents cas spéciaux traités dans le chapitre III
du rapport du professeur N. BILGE.

N. BILGE

Première Question :

L'EXCLUSION D'UN MEMBRE D'UNE ASSOCIATION

La doctrine enseigne que l'associé exclu ne peut en principe pas attaquer la décision d'exclusion lorsque le droit d'exclusion est prévu par les statuts, que ceux-ci énoncent les motifs d'exclusion ou qu'ils permettent l'exclusion sans indication des motifs. C'est d'ailleurs ce que déclare l'article 72 al. 2 CCS.

L'intention du législateur, ainsi qu'il résulte clairement des travaux préparatoires, a été de laisser la plus grande latitude à l'association pour régler ses affaires internes sans l'intervention du juge (cf. Arrêt du Tribunal fédéral. Rec, off. 51 II 242, Journ. des Trib. 1926 p. 89 cons. 2).

Lorsque l'exclusion est prononcée en vertu des statuts, écrit Egger, le pouvoir du juge ne s'étend pas à la cause de l'exclusion, même si les statuts indiquent les causes d'exclusion possibles. Il appartient à l'association seule de décider si ces causes sont réalisées (Egger, ad Art. 72 n. 9-10).

Toute action est exclue, même si les statuts se bornent à énoncer les motifs d'exclusion en termes généraux et indéterminés (Trib. féd., arrêt précité).

Rossel et Mentha s'expriment comme suit :

«Les Chambres ont estimés que, dussent quelques petites iniquités se commettre, il valait mieux, dans l'intérêt des associations, supprimer radicalement tout procès roulant sur les délicates et pénibles questions d'exclusion. Si l'exclusion a été *régulièrement* décidée, elle est définitive, quel qu'en soit le bien ou le mal fondé.» (Manuel, tome I, 2ème éd., No. 242).

Ces auteurs ne réservent que l'action en dommages-intérêts contre les tiers qui auraient provoqué l'exclusion par des actes illicites, notamment par des diffamations ou des calomnies.

Haftar, de son côté, proposait d'admettre une action dans deux cas seulement : 1° lorsque les règles de forme ont été violées; 2° lorsque l'exclusion constituerait un abus de droit (ad Art. 72 n. 3 et suiv.; dans le même sens Egger loc. cit.).

Le Tribunal fédéral s'est rangé à cette opinion dans l'arrêt précité.

Il est intéressant d'apprendre, par le rapport du professeur BILGE, que la Cour de Cassation turque interprète l'article 72 CCS. (art. 65 CCT) comme autorisant, en outre, une demande d'annulation lorsque le motif invoqué n'existe pas en réalité.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu à connaître d'un cas de ce genre. Il serait intéressant de savoir s'il s'inspirerait, le cas échéant, de la jurisprudence turque.

Dans le cas où un motif précis, prévu par les statuts, serait invoqué pour justifier l'exclusion, celle-ci pourrait éventuellement constituer un abus de droit s'il était établi que le motif n'est pas réalisé. Le preuve incomberait à l'associé exclu.

Mais il faut néanmoins avoir conscience du fait qu'on risque ainsi de susciter des procès au sujet des motifs d'exclusion, ce que le législateur a précisément voulu interdire, donnant la préférence à la liberté de l'association sur la justice matérielle.

En tout cas, l'organe compétent de l'association décide souverainement si le motif invoqué est suffisamment grave pour justifier l'exclusion. Ce point est soustrait à la compétence du juge, sauf abus de droit manifeste.

Deuxième Question :

L'INCAPACITE DE DISCERNEMENT ET LA BONNE FOI DU COCONTRACTANT

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre, en Suisse, que l'incapacité de discernement est un obstacle absolu à la validité des actes juridiques, même si elle n'est pas reconnaissable. La bonne foi du cocontractant n'est pas protégée. (cf. Egger, ad Art. 18 n. 3; Tuor § 9 II; von Tuhr § 27 V, § 28 VI - 3; Fiches juridiques suisses No. 575 p. 4; Tribunal fédéral, Rec. off. 55 II 157, Semaine judiciaire 1930 p. 156; TF. 55 II 225, Journ. des Trib. 1930 p. 98; voir aussi : R. Patry, Le principe de la confiance, Genève 1953 p. 190 et suiv.; R. Cosman, La capacité civile en droit suisse, Genève 1941 p. 93; P. Jager, Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen, Zurich 1946).

Le cocontractant, même de bonne foi, ne peut donc prétendre, ni à la validité du contrat, ni à la réparation du dommage causé par la nullité. Cette réparation ne pourrait être due que si l'incapable s'était rendu coupable d'un acte illicite au sens de l'art. 41 du Code des obligations et que l'art. 54 puisse être appliqué en l'espèce.

Il n'y a donc aucune divergence de vues entre la jurisprudence turque et la jurisprudence suisse, ainsi que le constate le professeur BILGE.

L'article 375 CCS (360 CCT), qui statue que l'interdiction n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à partir de la publication, ne vise pas les contrats conclus par une personne privée de discernement. Il ne peut donc s'appliquer que lorsque l'interdiction n'a pas été prononcée pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, ou lorsque l'absence de discernement au moment de la conclusion du contrat ne peut pas être prouvée.

La solution admise en Allemagne et en Autriche est la même qu'en Suisse et en Turquie : nullité absolue, indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi du cocontractant (cf. BGB § 105, Ennecerus - Nipperdey, 1955, tome 1-2 § 150; Palandt, 1958, Einführung vor § 104 No. 4; pour l'Autriche : ABGB. § 865; Ehrenzweig tome I § 86).

En droit français, la nullité est relative, mais il semble que l'action peut être intentée même contre un cocontractant de bonne foi (cf. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, tome I Nos. 2815 et suiv., 2820, 2822; Planiol - Savatier, *Traité pratique* tome I 2ème éd. Nos. 287 et suiv., Carbonnier, *Droit civil I* p. 723 - 725).

L'avant-projet de Code civil français maintient ce système. Les articles 728, 733 et 736 ne font pas d'allusion au fait que l'autre contractant connaisse ou ignore l'insanité d'esprit (cf. l'exposé des motifs p. 194, 196, 197).

Le droit belge suit le droit français. M. René Dekkers constate que les intérêts des tiers sont sacrifiés, ce qui, selon lui, comporte certains dangers pour l'incapable lui-même. Il existe deux correctifs : d'une part l'action en nullité peut être refusée si l'incapable a frauduleusement dissimulé son incapacité; d'autre part l'incapable reste tenu à concurrence de ce qui a tourné à son profit (Précis de droit civil belge, tome II, Bruxelles 1955, Nos. 64 et 65).

On sait que le droit anglais part d'une conception opposée : le contrat conclu par une personne en état d'aliénation mentale ou d'ivresse est annulable (voidable), mais seulement si l'autre partie a connu cet état. Celui qui invoque sa propre incapacité doit prouver cette incapacité ainsi que la connaissance de l'incapacité par l'autre partie. Il ne suffit pas que l'aliénation mentale fût notoire dans la région (cf. Sir Fr. Pollock, *Principles of Contract*, 10th Ed. 1936, chapter II p. 91; Halsbury's *Laws of England*, Secd. Ed. 1936, ad «Lunatics and Persons of Unsound mind», Nos. 484 et 485).

Cette solution est aussi celle du Code civil italien : Si le contractant est interdit, annulabilité sans égard à l'existence d'un préjudice et à la bonne foi de l'autre partie. Si le contractant sans être interdit, n'a pas la capacité de comprendre et de vouloir, annulabilité subordonnée à un grave préjudice et à la mauvaise foi du cocontractant (C. civ. art. 427, 428, 1425 Cf. Rotondi, *Istituzioni di diritto privato* No. 75).

Une solution intermédiaire consiste à admettre la nullité, mais à astreindre l'incapable à réparer le dommage qu'elle cause à l'autre partie, à la condition que celle-ci ait été dans l'ignorance, non imputable à sa faute, de l'état de l'incapable.

On trouve cette solution dans le Code civil hellénique (art. 130 à 132). En Suisse, elle a été proposée, de lege ferenda, par l'auteur de la thèse citée plus haut, M. P. Jaeger.

La jurisprudence turque et suisse pourront-elle s'engager sur cette voie ? A notre avis elle ne devrait en tout cas le faire qu'avec la plus grande prudence. Tout au plus pourrait-on admettre que la personne incapable de discernement, mais non encore interdite, soit condamnée, si l'équité l'exige, à réparer tout ou partie du dommage causé.

Le Tribunal fédéral s'est engagé une fois dans une voie différente; il s'agit d'un arrêt fort curieux rendu en 1929 (Rec. off. 55 II 35, Journ. dse Trib. 1929 p. 403), dans lequel il a décidé qu'une personne privée de discernement peut être condamnée, en vertu de l'art. 54 CO, applicable par analogie à la responsabilité contractuelle, à réparer le dommage causé *par l'inexécution du contrat* qu'elle a conclu dans cet état.

Cet arrêt nous paraît erroné et contraire à l'art. 18 CCS : un tel contrat ne peut engendrer aucune obligation contractuelle, et partant ne peut pas donner matière à réparation du dommage résultant de l'inexécution. L'arrêt serait défendable si le contractant, ayant le discernement lors de la conclusion de la convention, ne l'avait plus lors de la violation des obligations qui en dérivent.

Mais si le contractant était dépourvu de discernement lorsqu'il a conclu le contrat, tous dommages - intérêts pour inexécution sont exclus.

L'arrêt n'a pas fait jurisprudence. Il montre néanmoins qu'il peut se présenter des cas dans lesquels il paraît équitable de mettre tout ou partie du préjudice à la charge de l'incapable.

••

Troisième Question :

LA PREVU DE LA BONNE FOI

Un certain nombre de dispositions du code civil et du code des obligatinos statuent qu'une personne peut acquérir un droit ou jouir d'un avantage légal malgré l'absence d'une des conditions légales, si

elle est de bonne foi, ou plutôt (vu l'art. 3) s'il n'est pas prouvé qu'elle n'est pas de bonne foi.

La loi traite à cet égard sur le même pied celle qui a eu connaissance du vice juridique et celle qui a pu en avoir connaissance en usant de l'attention commandée par les circonstances.

A. *Question de terminologie.*

Le problème de la bonne foi souleve tout d'abord une question de terminologie : celui qui a ignoré la véritable situation, mais qui l'aurait connue en usant de l'attention requise, est-il de bonne foi ou de mauvaise foi ?

Le code civil déclare qu'il ne peut invoquer sa bonne foi. Cela signifie-t-il qu'il n'est pas de bonne foi, ou qu'il est de bonne foi, mais ne peut pas l'invoquer ?

Selon le langage courant, cet homme est un homme de bonne foi. «Mauvaise foi, intention coupable», dit le Petit Larousse. «Mauvaise foi, déloyauté, absence de franchise, de sincérité», dit Littré.

L'article 3 al. 2 du code civil ne paraît pas s'écarter du langage courant. Parler, comme le fait le texte allemand, d'une personne qui ne peut être de bonne foi, c'est ignorer la vraie situation. La négligence n'exclut pas la bonne foi, mais seulement la faculté de s'en prévaloir.

D'ailleurs, s'il n'en était pas ainsi, la loi ne dirait pas que l'intéressé ne peut se prévaloir de sa bonne foi, s'il n'a pas usé de l'attention voulue, mais tout simplement qu'il n'est pas de bonne foi, ou qu'il n'est pas réputé de bonne foi.

Au contraire, la plupart des dispositions particulières qui font mention de la bonne ou de la mauvaise foi reflètent une autre conception, suivant laquelle celui qui ne prête pas l'attention nécessaire est de mauvaise foi. Selon cette conception, la bonne foi s'entend de l'ignorance non fautive, et la mauvaise foi, soit de la connaissance, soit de l'ignorance due à la négligence.

Il en est ainsi en tout cas des dispositions qui citent la mauvaise foi (tel l'art. 974 al. 3 p. ex.). Car si la mauvaise foi supposait la connaissance effective, ces dispositions devraient mentionner, outre les personnes de mauvaise foi, celles qui ne peuvent pas se

prévaloir de leur bonne foi.* Ces dispositions entendent donc par mauvaise foi le fait de connaître ou de devoir connaître la vraie situation.

L'usage des juristes a suivi l'exemple de ces dispositions particulières plutôt que la suggestion de l'art. 3 al. 2 CCS. Ils disent qu'une personne n'est pas de bonne foi, ou qu'elle est de mauvaise foi, lorsqu'elle a pu connaître le vice de son acquisition en usant de l'attention requise.

B. *Raison d'être de l'art. 3 al. 2 CCS.*

Pourquoi la loi traite-t-elle sur le même pied celui qui connaît le vice juridique et celui qui est en mesure de la connaître ?

Deux raisons peuvent être invoquées en faveur de cette assimilation :

Première raison : La loi entend faciliter la preuve de la mauvaise foi.

La preuve que l'intéressé a connu le vice de son acquisition est souvent impossible à faire. Il faut que le juge puisse l'inférer des circonstances. Or il est légitime de présumer que celui à qui la vraie situation n'a pas pu échapper pour peu qu'il ait ouvert les yeux, en a effectivement connaissance. Sa prétendue ignorance ne mérite pas de créance dans la majeure partie des cas. On érige alors cette présomption en une présomption légale absolue et l'on refuse la preuve contraire. Toute personne qui a pu connaître le vice juridique est réputé l'avoir effectivement connu.

Sans doute la conséquence sera que certains acquéreurs qui ignoraient le vice de leur acquisition seront à tort réputés l'avoir connu. Mais cet inconvénient est moindre que celui qu'emporterait l'absence de présomption, à savoir qu'un grand nombre d'acquéreurs qui ont eu connaissance du vice juridique seraient maintenus dans leur acquisition, faute de preuve de cette connaissance.

Deuxième raison : La loi entend instituer un devoir général d'attention.

Dans ce système, il existe un devoir universel de diligence, devoir juridique improprement dit, sanctionné, non par une action en exécution ou en réparation du préjudice causé par l'inexécution,

mais par une déchéance. Les personnes négligentes mettent en péril la sécurité des affaires. Il ne serait pas juste qu'elles aient une situation juridique plus avantageuse que celles qui, ayant prêté l'attention requise, ont effectivement connu la véritable situation.

Ce qui justifie le refus du bénéfice légal, ce n'est pas une connaissance présumée, mais la faute commise.

Parmi les auteurs, certains considèrent qu'il s'agit d'une règle de preuve (dans ce sens, très nettement, Guldener, *Beweiswürdigung und Beweislast*, p. 61 - 62), d'autres que l'art. 3 al. 2 institue un devoir de diligence (ainsi Egger ad Art. 3 n. 4 et 6), d'autres enfin semblent admettre l'une et l'autre explication (ainsi Gmür).

On peut donner raison à ces derniers. Les deux systèmes se complètent et ne s'excluent pas. Le premier semble avoir inspiré le texte de l'art. 3 al. 2 (dans la rédaction allemande surtout), tandis que le second guide la jurisprudence. En effet, tous les arrêts du Tribunal fédéral, anciens ou récents, voient dans la mauvaise foi une notion plutôt morale qu'intellectuelle et traitent les personnes qui auraient dû connaître la réalité qu'elles prétendent avoir ignorée, comme ayant violé par leur faute un devoir légal.

Quoi qu'il en soit, on détruit la présomption de bonne foi, en prouvant soit que l'acquéreur a connu les faits qui font obstacle à son acquisition, soit qu'il aurait pu les connaître en usant de l'attention commandée par les circonstances. Ces deux preuves sont équivalentes. L'une rend toujours l'autre superflue.

C. *Raison de la présomption légale de la bonne foi.*

Pour quelle raison la loi présume-t-elle la bonne foi? On répond parfois que la loi n'entend pas imposer à l'intéressé la preuve d'un fait négatif (cf. Egger ad Art. 3 n. 11). Mais cette raison n'est pas très convaincante.

Il est vrai que les auteurs enseignent que la bonne foi est une notion négative. L'ancienne notion de la bonne foi, plus large, avait un caractère positif; c'était la conviction de ne pas commettre un acte injuste ou contraire au droit (cf. les *Pandectes de Windscheid* § 176, ou de *Dernburg* § 194). En s'intellectualisant, cette notion a revêtu une expression négative; elle est devenue synonyme de l'ignorance (non fautive) d'un vice juridique.

Toutefois cette opinion n'est pas admise par tous les auteurs. Ainsi von Tuhr (Allg. Teil des B.G.B. II § 49 IV) estime que l'erreur constitutive de la bonne foi est tantôt positive (croyance en l'existence d'un fait inexistant), tantôt négative (ignorance d'un fait existant).

Le Tribunal fédéral a constaté, dans une espèce récente, que la preuve de l'absence de bonne foi (c'est à dire de la mauvaise foi), au sens de l'art. 191 al. 2 CO., est la preuve de l'inexistence d'un fait, et pour ce motif il a jugé que l'acheteur, qui invoque sa bonne foi, peut être appelé à coopérer à la recherche de la vérité, bien que la charge de la preuve ne lui incombe pas (arrêt du 15 février 1955, Kraus contre Wyler, Rec. off. 81 II Semaine judiciaire 1955 p. 177).

En réalité, la notion même de preuve négative est une notion confuse, en tout cas lorsque le fait à prouver n'est pas un phénomène extérieur tombant sous les sens, mais un phénomène psychologique, ou un concept, tel que l'ignorance, la faute, l'erreur, la validité ou la nullité d'un acte etc...

Seule est vraiment négative la preuve qu'un fait déterminé ne s'est pas produit (p. ex. qu'un corps n'a pas été retrouvé, C. civ. art. 34, ou qu'une personne n'a pas donné de nouvelles, art. 35).

Dans le problème de la bonne foi, il faut considérer qu'en présumant la bonne foi, la loi présume les deux conditions de son existence.

Or la première condition, à savoir l'ignorance d'un vice juridique, équivaut souvent à la conviction positive de l'existence d'une condition légale. Prouver qu'on ignorait que le registre foncier était inexact ou que le possesseur d'un meuble n'avait pas qualité d'en disposer, revient à prouver qu'on croyait que le registre était exact ou que le possesseur était propriétaire ou autorisé par le propriétaire.

Quant à la seconde condition de la bonne foi, elle se résout souvent aussi en un fait positif. On prouve moins l'absence de faute (preuve censée être négative) que le fait d'avoir usé de toute l'attention commandée par les circonstances et que ces circonstances étaient de nature à faire apparaître l'acquisition comme régulière sous tous les rapports.

On pourrait prendre pour exemple l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 15 mars 1957 dans la cause B. conter Banque cantonale vaudoise (Rec. off. 83 II 126). La preuve qu'il existe un usage bancaire suivant lequel on n'ouvre pas un crédit à un inconnu est bien une preuve positive de la mauvaise foi, mais la preuve d'un usage contraire serait également positive. La preuve qu'on ne s'est pas conformé à cet usage est une preuve négative de la mauvaise foi (au moins en apparence). La preuve que la situation devait éveiller la méfiance de l'acquéreur est une preuve positive pour la mauvaise foi, mais la preuve que la situation devait inspirer confiance serait une preuve positive pour la bonne foi. Et ainsi de suite.

On n'opposerait donc pas, la plupart du temps, une preuve véritablement négative à l'acquéreur en exigeant qu'il établisse sa bonne foi.

La présomption posée par l'art. 3 al. 2 procède plutôt d'une ancienne tradition qui s'exprime dans l'adage «*puisque praesumitur bonus*», et de l'idée qu'en appliquant les règles ordinaires de la preuve, on présumerait en quelque sorte la mauvaise foi. Le terme même de mauvaise foi y est peut-être pour quelque chose, avec sa résonance si péjorative. Présumer la mauvaise foi serait odieux.

Au contraire, en présumant la bonne foi, la loi protège avec une efficacité accrue la sécurité des transactions. L'acquéreur est dispensé d'établir que l'une des conditions légales de son acquisition est remplie (p. ex. le droit de disposition de l'aliénateur). Son droit est reconnu même s'il est avéré que cette condition n'est pas remplie. On le dispense encore de prouver son ignorance à cet égard de même que le caractère excusable de cette ignorance. L'ayant droit antérieur perd son droit sans qu'une faute lui soit imputable. La présomption de l'art. 3 al. 2 a des motifs plausibles, mais il faut reconnaître qu'elle constitue une faveur exceptionnelle.

D. *La portée de la présomption.*

Comme toute règle relative à la charge de la preuve, la règle de l'art. 3 al. 2 a pour conséquence essentielle de départager les droits des parties lorsque les faits ne sont pas clairement établis.

Le juge apprécie en toute liberté les faits établis et se prononce selon sa libre conviction pour la bonne ou pour la mauvaise foi.

En revanche, si des faits dont dépend la bonne ou la mauvaise foi demeurent incertains, de telle sorte que le juge n'est convaincu ni de leur existence, ni de leur inexistence, il est tenu de prononcer en faveur de la partie qui allègue sa bonne foi et contre celle qui n'a pas réussi à prouver la mauvaise foi.

C'est donc la partie qui conteste la bonne foi de l'autre qui a le plus grand intérêt à faire la preuve, puisque toute insuffisance des preuves jouera contre elle.

Mais il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas soulever d'office le moyen tiré de l'absence de bonne foi. Il faut, en effet, distinguer deux choses.

1. *D'une part, le moyen tiré de la mauvaise foi.* Ce n'est pas une exception (Einrede), un droit subjectif de la partie qui conteste la bonne foi, qu'elle doit exercer expressément et auquel elle puisse renoncer. C'est un «fait» qui empêche l'acquisition du droit de l'intéressé, un obstacle légal. La partie qui s'en prévaut fait valoir une défense (Einwendung).

Si le juge constate que la mauvaise foi résulte des faits de la cause, il doit refuser d'office d'admettre l'existence du droit qui dépend de la bonne foi.

Il peut donc et doit même prendre d'office en considération les faits dont il résulte que l'intéressé a eu effectivement connaissance des circonstances qui mettaient obstacle à l'acquisition du droit prétendu.

Il peut et doit aussi prendre d'office en considération les faits dont il résulte que l'intéressé n'a pas pu ignorer ces circonstances, pourvu qu'il ait prêté l'attention requise.

Dans l'un et l'autre cas, le juge doit constater d'office que l'intéressé était de mauvaise foi et lui refuser le bénéfice de son acquisition.

2. *D'autre part, le principe de la neutralité du juge (Verhandlungsmaxime).* Le juge ne doit pas enquêter d'office sur les cir-

constances constitutives de la bonne ou de la mauvaise foi, et il ne doit en tenir compte d'office que si elles résultent du dossier.

Enfin, il va de soi que le juge doit respecter les règles de la procédure qui lui interdisent de juger sur ce qui n'a pas été demandé.

En résumé, il nous semble que l'arrêt de la Cour de Cassation turque rendu le 14 février 1951 mérite d'être approuvé. Il ne nous semble d'ailleurs pas qu'il dénote une divergence de vue véritable entre la Cour de Cassation et le Tribunal fédéral.

Quatrième Question :

LES DROITS DES GRANDS - PARENTS A L'EGARD DES PETITS - ENFANTS

L'arrêt de la Cour de Cassation est particulièrement intéressant parce qu'il praviient à une conclusion opposée à celle du Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral avait été saisi d'une demande formée par les grands - parents en vue de pouvoir : 1. faire des visites à leurs petits - enfants; 2. les recevoir chez eux pendant les vacances (Rec. off. 54 II 4; Journ. des Trib. 1928 p. 194).

Il a rejeté la demande, non sans hésitation peut être, et semble avoir été inspiré notamment par la crainte des complications et des conflits que pourrait entraîner le droit de visite s'il était reconnu à plusieurs personnes (cf. le considérant 2 in fine).

Mais, tout en constatant que le père n'abusait pas de son droit de puissance paternelle, il lui a recommandé d'autoriser les grands - parents à entretenir de nouveau des relations personnelles avec ses enfants lorsque la situation le permettrait (cons. 3). Cet appel à la raison ne doit pas être méconnu.

Le Tribunal fédéral a même averti le père qu'en cas de refus persistant, les autorités de tutelle pourraient être amenées à intervenir conformément aux articles 283 et suivants.

Le père (ou la mère) investi de la puissance paternelle a donc à cet égard un devoir, et ce devoir est assorti de sanctions, mais

il n'a pas pour corollaire un droit subjectif des grands - parents, car il est imposé moins en leur faveur qu'en faveur des enfants eux - mêmes. Le refus d'admettre un droit aux relations personnelles est donc moins absolu qu'il ne paraît au premier abord.

La Cour de Justice de Genève a également dénié un droit aux grands - parents, mais a décidé que le père avait un devoir moral de maintenir les relations personnelles indiqués par les circonstances entre les grands - parents et leurs petits - enfants (Semaine judiciaire 1954 p. 174).

Une pétition a été adressée au Conseil fédéral, en 1956, par M. Krafft, avocat à Lausanne, et M. G. Bridel, rédacteur en chef de la Tribune de Genève, pour demander que soit expressément reconnu le droit des grands - parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits - enfants. Cette pétition sera examinée en même temps que les dispositions du Code civil sur le droit de la famille, dont la revision est à l'étude.

Pour revenir à l'arrêt de la Cour de cassation turque, il serait intéressant de savoir si cette haute juridiction a reconnu aux grands - parents un droit personnel tout général à l'égard de leurs petits - enfants, ou si ce droit est limité dans son objet (droit de visite p. ex.) et s'il ne peut être réclaté que dans certaines circonstances (après le divorce des parents p. ex.).