

## ÖZEL HUKUK

### MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA ŞEKLE BAĞLI OLMAYAN (ZİMNÎ) İRDE AÇIKLAMALARI

Prof. Dr. Necip BİLGE

Fransız Hukuk kültürü dostları tarafından kurulmuş olup, Milletlerarası bir nitelik kazanmış bulunan «Henri Capitant Derneği» nin<sup>1</sup> İsviçre gurubu, 12-15 Eylül 1968 tarihleri arasında Cenevre ve Lozan'da Milletlerarası Hukuk Günleri toplantısı düzenlemiştir. İki günü Cenevre (Genève) de ve bir günü de Lozan (Lausanne) da yapılmış olan bu toplantılarda özellikle Medenî Hukuk, Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, İş Hukuku, Devletler Özel Hukuku gibi çeşitli alanlarda, sükût, zimnî beyan gibi yollarla «Şekle bağlı olmayan hukukî irade açıklamaları» konusu, muhtelif milletlerin hukuklarında karşılaştırmalı olarak müzakere edilmiştir.

Toplantılara kalabalık bir gurupla katılan Fransa ve İsviçre'nin ileri gelen hukukçularından başka, Belçika, Hollanda, İspanya, İtalya, Kanada, Lüksemburg ve Türkiye'den olmak üzere, 50 yi aşkın hukukçu 25 e yakın raporla katılmışlardır.

Bu arada biz de, meselenin Türk Medenî Yargılama hukuku açısından ele alınmasının faydalı olacağını düşünerek, aşağıda Fransızca metni verilen bildirimizi Toplantı Başkanlığına sunmuş bulunuyoruz. Oturumlara ait müzakere tutanaklarının yayımlanması geçikeceği için, Raporumuzu, Fakülte dergisinde yayımlamanın yararlı olacağı kanısına vardık.

<sup>1</sup> Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique Française.

## LES MODES NON FORMELS D'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ JURIDIQUE DANS LE DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

Rapport Présenté

Par Dr. Necip Bilge, professeur à la Faculté de droit d'Ankara

D'après le programme communiqué, le thème concernant «Les modes non formels de la volonté juridique» sera traité seulement dans le droit civil et commercial, dans le droit administratif, dans le droit du travail et dans le droit international privé. Bien que le programme ne mentionne pas explicitement, aussi, «le droit judiciaire privé — la procédure civile», il nous paraît quand même intéressant de relever brièvement quelques particularités de la procédure sur ce sujet. En effet, vu le lien intime entre le droit matériel privé et le droit formel, nous estimons qu'il sera utile de nous arrêter quelques instants sur la manifestation de volonté juridique dans les actes de procédure.

### I. Le formalisme dans la procédure.

Il est hors de doute que la manifestation de la volonté est un élément constitutif de tout acte. D'après l'art. 11 du code des obligations turc, la validité des actes juridiques n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. Le formalisme apparaît donc dans le droit civil, comme une *exception*.

Bien que les actes de procédure des parties ne présentent pas tout à fait la même nature que des actes juridiques du droit civil, la manifestation de la volonté constitue également un élément essentiel des actes de procédure dans le droit judiciaire privé. Quant à la forme de l'expression de la volonté dans les actes de procédure, le code de procédure civile turc ne renferme pas une disposition générale analogue à l'article 11 du code des obligations turc.

Prenant en considération la nature formelle de la procédure, on admet encore aujourd'hui que les actes de procès civils s'effectuent suivant un certain formalisme. Cela se voit dans les actes introductifs d'instance, dans les réponses, dans les actes de signification, dans la tenue des procès-verbaux, dans les voies de recours, etc. Tous ces actes doivent être accomplis en la forme écrite. Déjà le terme de procédure évoque en effet, une série de formalités à accomplir pour atteindre un résultat déterminé. Bien que la rigueur de l'ancien formalisme soit considérablement

atténuée, on observe encore aujourd'hui la persistance de formalités dans le domaine de la procédure. Car le formalisme processuel est entendu comme une garantie de la liberté de défense au sens large du mot et comme une protection contre l'arbitraire même du juge. On peut alors encore répéter l'expression de Jhering: «Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté».

Suivant la doctrine généralement reconnue, le formalisme de la procédure provient du fait que, le droit judiciaire contient en général des dispositions à la fois réglementaires et impératives. Ce double caractère du droit de procédure se traduit par l'intervention de la notion d'ordre public et du formalisme

En effet, on admet tout d'abord que les règles relatives à l'organisation judiciaire et à la détermination des attributions des tribunaux sont généralement considérées du domaine d'ordre public. On comprend alors parfaitement que l'institution et l'organisation des juridictions, la réglementation de leur fonctionnement et la détermination de leurs attributions relèvent presque exclusivement du législateur; autrement dit, la solution de ces problèmes ne peut être laissée ni à l'initiative ou à la liberté des parties, ni même seulement à l'appréciation des juges eux-mêmes. La liberté de la volonté des parties ne joue donc presque pas de rôle dans ces domaines. Dans les cas rares où le rôle de la volonté libre des parties est reconnu par la loi, la forme réapparaît. Par ex. la prorogation conventionnelle du for n'est valable que si elle est faite par écrit (art. 22 du CPC turc). Il en est de même pour la convention d'arbitrage (art. 517 du CPC turc).

Quant aux règles de procédure proprement dites, il est difficile en pratique de déterminer si telle ou telle disposition a ou non le caractère d'ordre public, donc impératif. Il ne peut, ici, être donné une directive générale applicable à tous les cas. Car, la notion d'ordre public est d'une essence relative et élastique, s'appréciant en fonction des circonstances sociales du moment. On constate cependant que les actes de procédure proprement dits sont également soumis dans la plupart des cas à l'observation de certaines formalités prévues par la loi. L'inobservation de ces formalités entraîne non seulement la nullité de l'acte en question; mais en plus de cela, le droit de refaire cet acte de procédure et avec lui, même le droit au fond risque d'être anéanti.

En lumière de cette explication, d'ordre général, on peut résumer et dire que, à l'inverse de ce qui se passe en droit civil, le formalisme constitue la règle générale dans le domaine du droit judiciaire privé. Mais ici aussi, il existe des exceptions en sens inverse; c'est-à-dire, il ya a des cas dans lesquels, l'expression non formelle de la volonté peut produire des résultats juridiques.

## II. Justification des exceptions dans la procédure

Le formalisme, aussi justifié qu'il soit, présente en soi de graves inconvénients. Comme on l'a déjà signalé, le formalisme expose les intéressés à perdre leurs droits au fond à cause d'une irrégularité de forme. La rigidité dans la direction du formalisme produirait ainsi le résultat fâcheux d'emporter la forme sur le fond et de mettre en soupçon le service de la justice. Pour éviter un tel résultat nuisible, il faut s'abstenir de l'excès du formalisme. Puisque le formalisme est inspiré essentiellement par des considérations d'ordre public, autrement dit, par des raisons d'intérêt général; il est nécessaire de le circonscrire par les limites de cet intérêt. Le formalisme ne devrait donc pas jouer de rôle dans les cas où spécialement l'intérêt privé serait en cause.

Et dans la pratique, les législateurs ont cherché, en tenant compte de cette différence d'intérêt en jeu, des remèdes contre les inconvénients de l'excès du formalisme. On peut ranger ces remèdes en deux catégories :

1) D'une part, toutes les formalités de procédure ne sont pas toujours sanctionnées par la nullité, surtout par la nullité automatique. En effet, suivant l'art. 82 du CPC turc, seuls les actes de procédure manquant de *formalités essentielles* seront déclarés nuls, *si la partie intéressée le requiert* avant de suivre au procès; tandis que les actes de procédure manquant de formalités non essentielles ne doivent être que ratifiés, complétés ou redressés, si la partie qui y a intérêt *le requiert* avant de suivre au procès.

2) D'autre part, la loi ou même la jurisprudence laissent aux parties la liberté de la volonté, dans d'autres domaines de la procédure que celui de l'annulation des actes de procédure manquant de formalité. Par ex. la récusation du juge, l'application de la procédure par défaut doivent être *demandées*.

Alors, dans les cas où la demande de l'une des parties est requise, ou encore la liberté de la volonté leur est, d'une autre façon, accordée, il peut être question de la manifestation non for-

melle (tacite) de la volonté juridique. Dans la rubrique suivante, nous voudrions en donner brièvement quelques cas exemplaires. C'est dire que le silence ou les faits concluants peuvent être pris, également dans la procédure, comme une expression non formelle de la volonté juridique, notamment comme un acte de renonciation à faire valoir un droit.

### III. Le rôle du silence et des faits concluants dans la procédure civile

Pas plus que dans le droit civil, le silence d'une partie ne peut généralement pas être interprété, aussi dans la procédure, comme un aveu ou comme un consentement. C'est la conséquence naturelle du caractère impératif et formaliste du droit judiciaire. Il existe, ici aussi, des cas exceptionnels dans lesquels le silence ou un fait concluant est considéré par la loi ou même par la jurisprudence, comme une manifestation de la volonté, surtout comme une volonté de renonciation. En voici quelques exemples :

#### 1) Renonciation à la récusation du juge.

Un juge peut se récuser lui-même ou être récusé par les parties, dans toutes les causes où des motifs sérieux indiqués par la loi rendent douteuse l'impartialité du juge. La récusation du juge doit être proposée par la partie intéressée au début de la cause, ou en cas de connaissance ultérieure des motifs de récusation, dès la connaissance de ceux-ci, avant tout acte de procédure (art. 28, 34 du CPC turc).

Mais, la partie qui a intérêt à la récusation peut y renoncer, soit en donnant son consentement exprès à l'instruction du procès par le juge récusable, soit en gardant le silence malgré la connaissance des motifs de récusation. Le silence, ou ce qui revient au même, le fait d'entreprendre un acte de procédure, vaut comme une renonciation à faire valoir son droit de récusation; autrement dit, il y a ici un fait concluant qui a le sens de consentement tacite à la poursuite du procès par le juge récusable.

#### 2) Renonciation aux moyens préjudiciels.

L'art. 187 du CPC turc énonce limitativement des moyens préjudiciels (déclinatoires). Ceux-ci doivent être présentés (proposés) d'entrée de cause, avant tout débat au fond. La partie qui a le droit de se prévaloir de ces moyens peut y renoncer expressément ou tacitement. Prenons par exemple l'exception de compétence terri-

toriale. Les parties peuvent déroger aux règles du for soit conventionnellement, soit d'une manière tacite. La convention portant prorogation du for doit revêtir la forme écrite. Mais lorsque le défendeur ne fait pas valoir son droit se rapportant à l'exception de compétence à temps voulu, il est considéré avoir accepté la compétence du juge saisi. Ici aussi, le silence ou le fait de s'engager dans le débat au fond signifie comme une renonciation à faire valoir l'exception d'incompétence; autrement dit, comme une acceptation tacite de la compétence du juge saisi.

Il en est de même pour d'autres moyens préjudiciels. La loi estime que la partie intéressée doit faire valoir expressément son droit; sinon, elle est censée y avoir renoncé.

### 3) Consentement à l'interdiction d'amplification des allégués.

D'après l'art. 185 du CPC turc, le demandeur ne peut, après l'introduction d'instance, ni retirer sa demande, ni l'amplifier ou en changer la nature, sans le consentement du défendeur. La même interdiction existe pour le défendeur en ce qui concerne sa défense. Tout cela est dénommé par l'interdiction d'amplification des allégués ou du procès.

La loi n'a soumis à aucune formalité la validité du consentement à l'amplification ou au changement des allégués. Ce consentement peut donc être donné expressément ou tacitement. Alors, si la partie intéressée ne fait pas valoir son droit d'opposition, contre un acte de procédure amplifiant la demande (ou la défense) ou en changeant la nature, elle est censée avoir consenti à l'entreprise de ces actes interdits. Selon la jurisprudence de la Cour de Cassation turque, la loi suppose que la partie intéressée doit faire valoir expressément son droit d'opposition avant tout acte de procédure, cela sous peine de déchéance. Le silence signifie ici aussi, comme une renonciation à faire valoir le droit d'opposition, autrement dit, comme un consentement à l'amplification.

### 4) La suspension du procès (Désistement d'instance)

La procédure du défaut n'est prononcée, selon le CPC turc, que sur la réclamation de la partie présente à l'audience (art. 398, 399). Si la partie présente à l'audience ne requiert pas la prononciation du défaut, le procès (l'instance) reste suspendu jusqu'à ce que l'une des parties en ait demandé la reprise. Le silence produit ici l'effet de suspendre le procès (désistement d'instance du droit français) L'absence des deux parties à l'audience produit, comme fait concluant, le même effet (art. 409 du CPC).

## 5) Le silence du défaillant dans le procès du relief.

Dans la procédure du défaut, le défaillant qui signifie à l'autre partie le relief, peut également s'opposer aux opérations accomplies pendant l'audience, dans laquelle est prononcé le défaut. Si la partie défaillante ne s'oppose pas aux opérations entreprises, celles-ci seront considérées reconnues comme valables (art. 402 CPC). Le silence équivaut donc ici, à une reconnaissance de la validité des actes accomplis.

## 6) Le silence dans la procédure d'interrogatoire.

Chacune des parties peut être interrogée pendant l'instruction du procès, soit sur la demande, soit d'office. La partie interrogée doit répondre aux questions posées par le juge (art. 234 CPC turc). Cette obligation de répondre aux questions posées est sanctionnée assez sévèrement par la loi: Si une partie interrogée refuse, pendant l'interrogatoire, de répondre aux questions posées, les faits sur lesquels elle devait être interrogée, seront considérés, selon la loi, comme reconnus (art. 234 du CPC turc; d'après l'art 208 du CPC de Neuchâtel, les faits *peuvent* être considérés comme reconnus). Le silence équivaudrait donc ici à une reconnaissance tacite des faits constituant l'objet de l'interrogatoire.

Le même résultat se produit, si la partie dûment invitée ne se présente pas à l'audience de l'interrogatoire. Car la loi tient l'absence de la partie invitée à l'audience, pour un fait concluant, c'est-à-dire comme un indice de la volonté de reconnaître.

## 7) L'effet du serment décisoire non prêté.

L'art. 347 attache un effet analogue à celui de l'interrogatoire réglementé par l'art. 234 du CPC turc. En effet, suivant l'art. 347, la personne à laquelle le serment décisoire est déféré, qui ne le prête pas ou ne consent pas à le référer à son adversaire, est considérée comme avoir reconnu les faits constituant l'objet du serment.

Le même résultat se produit si l'adversaire à qui le serment décisoire a été référé, ne le prête pas à son tour.

On voit que, d'après la loi, le refus de prêter le serment déféré ou le non consentement à le référer à l'adversaire, constitue des faits concluants pour l'existence de l'aveu ou de la reconnaissance des faits.