

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Das in Art. 56 OG für die Berufung an das Bundesgericht aufgestellte Requisit, daß es sich um eine solche Zivilrechtsstreitigkeit handeln müsse, welche von den kantonalen Gerichten „unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden“ ist oder „nach solchen Gesetzen zu entscheiden“ war, ist im vorliegenden Falle nicht erfüllt. Zwar erklärt die Vorinstanz in ihren Erwägungen: nach Art. 17 Abs. 2 SchlX ZGB kämen nicht die Bestimmungen des bisherigen, sondern diejenigen des neuen Rechts, speziell die Art. 738 und 739 ZGB zur Anwendung, und es hat somit den Anschein, als ob das angefochtene Urteil auf der Anwendung des neuen Rechts beruhe. In diesem Falle müßte nach Art. 79 Abs. 2 OG verfahren werden, da ja nach Art. 1 Abs. 1 SchlX ZGB die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 1912 ereignet haben, auch nach diesem Zeitpunkt noch unter Anwendung des alten Rechts zu beurteilen sind, im vorliegenden Falle aber ausschließlich solche Tatsachen in Betracht kommen, die sich vor 1912 ereignet haben (Konstituierung der Servitut im Jahre 1863, Umschreibung ihres Inhalts im Jahre 1887, Veränderung der Benutzungsweise des Hauses Nr. 714 im Jahre 1910). Damit stimmen denn auch die Art. 17 Abs. 1 und 21 SchlX überein, während der von der Vorinstanz zitierte Art. 17 Abs. 2 nur da Platz greift, wo das Gesetz den Inhalt eines dinglichen Rechtes unabhängig vom Willen der Beteiligten (vergl. Art. 3 SchlX) oder entgegen diesem Willen (vergl. Art. 2 SchlX) umschreibt. Indessen hat jene Bemerkung der Vorinstanz über die Anwendbarkeit des neuen Rechts hier nicht zur tatsächlichen Anwendung der Art. 738 und 739 ZGB geführt; denn in dem darauffolgenden Satze stellt das Gericht ausdrücklich fest, daß die streitige Servitut von Anfang an auch auf die „Benutzung der Räumlichkeiten des Hauses wenigstens im Erdgeschoße als Bureau und kleinere Magazine“ Bezug hatte und daß daher „eine Ausübung wie sie jetzt von der Klägerin angefochten wird“ von Anfang an zulässig war. Hierin liegt eine Auslegung des im Jahre 1863 erfolgten Servitutbestellungsaktes, die als solche naturgemäß nicht auf der Anwendung des schweizerischen Zivilgesetzbuches beruht, sondern auf derjenigen des

bisherigen kantonalen Rechts, und daher der Überprüfung des Bundesgerichts nicht unterliegt. Jene Bemerkung über die Anwendbarkeit der Art. 738 und 739 ZGB qualifiziert sich somit lediglich als eine, mit dem Urteilsdispositiv in keiner kausalen Verbindung stehende gelegentliche Meinungsäußerung, die für die Beurteilung der Kompetenz des Bundesgerichts nicht in Betracht kommen kann. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß die Vorinstanz, gestützt auf das bisherige kantonale Recht, schon den im Jahre 1863 erfolgten Servitutbestellungsakt in einer Weise auslegt, die zur Abweisung der Klage führen mußte und auch tatsächlich dazu geführt hat. Maßstab aber ist klar, daß das angefochtene Urteil, weil es ausschließlich auf der Anwendung kantonalen Rechts beruht, und weil auf die darin entschiedene Frage auch nur das kantonale Recht anwendbar war, der Überprüfung des Bundesgerichts nicht unterliegt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

118. Arrêt de la II^e section civile du 7 novembre 1912
dans la cause veuve Baumgartner, déf. et rec., c. Demierre,
dem. et int.

L'art. 21 CO est une règle établie dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs (Art. 2 titre final CCS). — La rescision pour cause de lésion d'outré moitié d'une vente immobilière conclue sous l'empire de l'ancien droit se juge d'après le droit cantonal, l'admission de cette cause de rescision n'étant pas contraire à l'ordre public et aux mœurs. — L'art. 18 titre final CCS a trait aux droits réels à constituer et non à la validité des droits réels déjà constitués sous l'empire de l'ancien droit.

Par acte du 27 janvier 1910, Catherine Demierre, âgée de 69 ans, a vendu à sa sœur, dame veuve Baumgartner, des immeubles d'une contenance d'environ 19 poses taxés au cadastre 23 434 fr. L'acte de vente porte que la vente est

conclue pour le prix de 23 000 fr., « somme qui est acquittée au moyen d'une rente viagère d'un montant annuel de 1000 fr. »

Des dissentiments ayant surgi entre parties, Catherine Demierre a ouvert action à sa sœur le 3 juin 1911, en concluant à ce que la vente soit déclarée nulle pour cause d'absence de prix et subsidiairement à ce qu'elle soit rescindée pour cause de lésion d'outre moitié. Ces dernières conclusions se fondent sur l'art. 1533 CC fribourgeois, la demanderesse prétendant que la valeur des immeubles est de 30 000 fr. et que la rente stipulée ne correspond en capital qu'à 8300 fr.

La défenderesse a conclu à libération en soutenant, déjà devant la première instance cantonale, que l'action en rescision devait être jugée, non en vertu de l'ancien droit fribourgeois, mais en vertu de l'art. 21 du CO révisé qui subordonne la résiliation à la preuve que « la lésion a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience » du vendeur — ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre la vente attaquée comporte pour partie une donation qui, en vertu de l'art. 18 titre final CCS, est valable quoique non homologuée.

En modification partielle du jugement de première instance la Cour d'Appel du canton de Fribourg a, par arrêt du 29 mai 1912, débouté la demanderesse de ses conclusions en nullité de la vente, déclaré par contre fondées ses conclusions tendant à la rescision et par conséquent donné le choix à dame Baumgartner ou de rendre les immeubles ou de payer le supplément du juste prix par 10 499 fr. La Cour a admis que l'ancien droit fribourgeois était applicable à la rescision de la vente conclue avant le 1^{er} janvier 1912, et qu'il y avait lésion d'outre moitié, les immeubles valant 23 620 fr. et la valeur de la rente étant de 7216 fr. seulement. Quant à l'argument tiré de l'art. 18 titre final CCS la Cour a jugé que la défenderesse n'avait pas prouvé que l'acte de vente comportât *pro parte* une donation.

La défenderesse a formé en temps utile auprès du Tribunal fédéral un recours de droit civil et un recours en réforme

contre ce jugement, l'un et l'autre recours étant fondés sur le fait que l'instance cantonale a appliqué à tort le droit cantonal, au lieu du droit fédéral.

La demanderesse a conclu à ce que le recours en réforme soit déclaré inadmissible; subsidiairement elle conclut à ce que la vente soit déclarée nulle en application de l'art. 21 CO révisé, les faits à la base de l'application de cet article devant être constatés par un complément d'enquête.

Par arrêt du 10 juillet 1912, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de droit civil de la défenderesse.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — L'arrêt attaqué a été rendu par la dernière instance cantonale et l'objet du litige a une valeur supérieure à 2000 fr. Comme d'autre part la recourante prétend que c'est à tort que le droit fédéral n'a pas été appliqué, le recours en réforme — interjeté selon les formes et dans les délais légaux — est recevable (art. 57 OJF) en ce sens que le Tribunal fédéral est compétent pour statuer sur ce moyen de recours. Mais, s'il le déclare mal fondé il devra rendre un arrêt de non-entrée en matière, par le motif qu'il ne s'agit pas d'une cause jugée par un Tribunal cantonal en application de lois fédérales ou appelant l'application de ces lois, (art. 56 OJF).

Quant à la réponse de la demanderesse au recours, elle ne peut être envisagée comme un recours par voie de jonction, car elle ne tend pas à une modification du dispositif de l'arrêt cantonal.

2. — S'agissant d'une vente immobilière conclue avant le 1^{er} janvier 1912, il est certain que, avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, la demande de rescision de cette vente devait être jugée en application du droit cantonal. D'autre part, même à partir du 1^{er} janvier 1912, les effets juridiques de faits antérieurs à cette date continuent *en principe* à être régis par l'ancien droit (CCS titre final art. 1). La recourante soutient cependant que le présent litige devait être jugé en application du droit fédéral et elle argumente comme suit: L'art. 21 CO révisé — qui envisage comme une cause de ré-

siliation des contrats la disproportion évidente entre les prestations promises par les deux parties pour autant que la lésion a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la partie lésée — est une règle établie dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs ; or, à teneur de l'art. 2 titre final CCS et en dérogation au principe de l'art. 1 rappelé ci-dessus, les règles semblables sont applicables dès l'entrée en vigueur du nouveau droit ; par conséquent la réclamation de la demanderesse, sur laquelle il n'a été statué que postérieurement au 1^{er} janvier 1912, aurait dû être examinée à la lumière de l'art. 21 CO et non à celle de l'art. 1533 CC fribourgeois qui pose comme unique condition de rescision de la vente la lésion d'outre moitié.

Cette argumentation ne saurait être admise. On doit certes reconnaître que ce sont des considérations d'ordre public et de moralité générale (protection des faibles, répression de l'usure, etc.) qui ont motivé l'institution de la cause de rescision prévue à l'art. 21 (v. *Message du Conseil fédéral, F. féd.* 1905 II p. 11; ROSSEL, p. 47 et sv.; OSTERTAG, *Die allgemeinen Normen des Uebergangsrechtes, dans la Schw. Jur. Ztg.* 1912 p. 384). Il s'en suit que cette cause de rescision s'applique même à des contrats qui auraient été conclus sous l'empire d'une législation cantonale ne connaissant pas la rescision à raison de la lésion d'une des parties contractantes. Mais tel n'est pas le cas du CC fribourgeois qui, bien loin d'ignorer cette cause de rescision, l'admettait dans une mesure à certains égards plus large que le CO révisé ; en effet si d'une part, il exigeait que la lésion fût une lésion « d'outre moitié » — exigence que ne renferme pas l'art. 21 — d'autre part, il faisait abstraction de la condition posée à la fin de cet article (preuve de l'exploitation de la partie lésée). La question qui se pose est donc celle de savoir si cette condition (et non pas l'article en son ensemble) a été établie dans l'intérêt de l'ordre public et si, par le fait qu'il ne la pose pas, l'art. 1533 CC fribourgeois est contraire à l'ordre public et ne peut dès lors plus recevoir aucune appli-

cation (titre final art. 2 2^m al.). Cette question doit être résolue négativement. Lorsque l'équilibre qui est censé exister entre les prestations respectives des parties est trop violemment rompu au profit de l'une et au préjudice de l'autre, l'ordre public n'est pas intéressé à ce que le contrat soit néanmoins maintenu tant qu'il n'est pas prouvé que l'un des contractants a exploité la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre. Sans doute l'art. 21 CO exige cette preuve, mais on ne peut dire que cette exigence soit d'ordre public ; il est même évident que les parties peuvent conventionnellement la supprimer et qu'elles seraient libres de stipuler que, en l'absence de toute exploitation de l'une par l'autre, le contrat sera résilié s'il ne révèle qu'il existe une notable disproportion entre la valeur de leurs prestations respectives. Si une convention semblable n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il est clair que la règle de l'art. 1533 CC fribourgeois n'y est pas non plus contraire. Au fond, comme l'instance cantonale le fait observer, il n'y a pas antagonisme entre cette règle et celle de l'art. 21 CO : l'une et l'autre s'inspirent de l'intérêt de la partie lésée et ont pour but d'empêcher qu'elle ne soit exploitée par son contractant ; seulement, tandis que l'art. 21 exige une double preuve — celle de la disproportion des prestations et celle de l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé — l'art. 1533 voit la preuve de cette exploitation dans le seul fait que la disproportion entre les prestations est supérieure à la moitié de la valeur de l'objet du contrat. Cette différence entre les deux dispositions légales n'intéresse pas l'ordre public : s'il est vrai que dans certains cas un contrat qui aurait dû être annulé en vertu de l'art. 1533 CC fribourgeois ne pourra pas l'être en vertu de l'art. 21 CO, cela n'implique cependant pas que l'art. 21 consacre le principe d'ordre public de l'intangibilité des contrats et que l'art. 1533 y porte atteinte ; aussi bien l'un que l'autre des articles cités apportent à ce principe une dérogation justifiée par les mêmes considérations d'équité et dont la réglementation ne diffère que sur un point accessoire qui

ne concerne pas l'ordre public ou les mœurs. La règle de l'art. 2 titre final CCS ne s'oppose dès lors pas à l'application de l'art. 1533 CC fribourgeois au présent litige.

Subsidiairement, la recourante a encore invoqué l'art. 18 titre final CCS et a soutenu que le contrat de vente devait être maintenu parce qu'il comporte, au moins pour partie, une donation faite suivant les formes du nouveau droit et par conséquent valable. Cette manière de voir ne peut être admise, car l'art. 18, relatif à l'inscription au registre foncier, a trait uniquement aux droits réels à constituer après l'entrée en vigueur du CCS, et non à la validité des droits réels déjà constitués sous l'empire de l'ancien droit (voir REICHEL, *Commentaire*, notes 1 et 2 sur art. 18).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

2. Beschwerdeverfahren (Art. 86 ff. OG).

Procédure de recours de droit civil.

119. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. September 1912 in Sachen Isler gegen Aargau.

Unzulässigkeit einer zivilrechtlichen Beschwerde wegen angeblich ungerechtfertigter Anwendung des Art. 297 ZGB. — Zulässigkeit einer Beschwerde wegen « teilweiser Entziehung der elterlichen Gewalt » ?

Das Bundesgericht hat,

da sich ergibt:

A. — Die Beschwerdeführerin ist die Witwe des im Jahre 1906 verstorbenen Kaufmanns Leo Isler, von und in Wohlen (Aargau). Der der Ehe entsprossene, im Jahre 1904 geborene Knabe René Isler stand bis Ende 1911 gemäß kantonalem Recht unter Vormundschaft. Am 12. Februar 1912 stellte der Vormund

die Schlussrechnung über das zirka 130,000 Fr. betragende Mündelvermögen, in der Meinung, daß Recht und Pflicht zur Verwaltung dieses Vermögens mit dem Inkrafttreten des ZGB (gemäß dessen Art. 290, sowie Art. 14 Schl.) auf die Beschwerdeführerin übergegangen seien. Die Vormundschaftsbehörde Wohlen stellte sich grundsätzlich auf denselben Standpunkt, verweigerte aber mit Beschluß vom 13. März 1912 die Herausgabe des Vermögens an die Mutter auf solange, als diese nicht „annehmbare Sicherheit“ geleistet haben werde. Dieser Beschluß wurde damit begründet, daß die Beschwerdeführerin „kein eigenes Vermögen und jedenfalls auch nicht die nötigen Eigenschaften“ besitze, um ein Vermögen von über 100,000 Fr. sorgfältig verwalten zu können. Sie beabsichtige auch, von Wohlen wegzuziehen (es handelte sich damals um eine Verlegung des Wohnsitzes nach Zürich), und in diesem Falle würde der Vormundschaftsbehörde jede Kontrolle über die Verwaltung des Kindesvermögens fehlen. Es werde „vorausgesetzt“, daß Frau Isler aus Liebe zu ihrem Kinde das Vermögen ungeschmälert zu erhalten beabsichtige; es werde aber darauf hingewiesen, daß im Falle ihrer Wiederverehelichung die Ausführung dieses guten Vorsatzes von einem Dritten abhängig sei. Man könne „das Gefühl nicht loswerden“, daß das Vermögen des Mündels in den Händen der Frau Isler gewissen Gefahren ausgesetzt wäre.

B. — Durch „Prüfungsentscheid“ des Bezirksamtes Bremgarten als Aufsichtsbehörde wurde der vorstehende Beschluß der Vormundschaftsbehörde genehmigt.

C. — Eine von Frau Isler hiegegen ergriffene, auf Art. 290 ZGB gestützte Beschwerde an den Regierungsrat wurde von diesem am 15. Juli 1912 „im Sinne der Erwägungen“ abgewiesen, und es wurde die Vormundschaftsbehörde angewiesen, der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung für das Vermögen des René Isler einzuräumen, mit dem „Bemerkten, daß, wenn innert dieser Frist die Sicherheit nicht geleistet werde, eine Vermögensbeistandschaft eingesetzt werde“.

Aus den Erwägungen dieses Entscheides ist hervorzuheben:

Als Inhaberin der elterlichen Gewalt über den Knaben René Isler habe die Beschwerdeführerin grundsätzlich das Recht, dessen