

einem die Scheidung zwar aussprechenden aber auf die Frage des Ehebruchs nicht eingehenden kantonalen Urteile die Berufung an das Bundesgericht zu erklären, um diese Feststellung zu erwirken. Sofern die bisherige Rechtsprechung dieses Recht nicht anerkannt haben sollte (vergl. PRAXIS II, Nr. 27), so könnte daran nicht festgehalten werden.

2. — Prüft man von diesem Gesichtspunkte aus das vorinstanzliche Urteil, so ergibt sich, dass es zu Unrecht die Frage offen liess, ob der Kläger mit der P. während der Ehe ehebrecherischen Verkehr gepflogen habe. Eine Rückweisung zur Feststellung darüber erscheint jedoch nicht notwendig, da die aktenmässig festgestellten Tatsachen genügen, um eine *violenta praesumptio* dafür anzunehmen, dass der Kläger den Geschlechtsverkehr mit der P., sofern er überhaupt je mit ihr gebrochen haben sollte, sofort wieder aufnahm, als sie in sein Haus zurückkehrte. Daher ist dem Begehren der Beklagten auf Scheidung wegen Ehebruchs auf alle Fälle zu entsprechen. Die Klage des Ehemannes auf Scheidung wegen tiefer Zerrüttung könnte darnach nur dann noch zugesprochen werden, wenn gesagt werden könnte, dass an dieser von dem Ehebruch eingetretenen Zerrüttung die Beklagte das ausschliessliche Verschulden trägt. So liegen jedoch die Verhältnisse nicht, denn wie die Vorinstanz zutreffend feststellt, trug die Ehe von Anfang an den Keim der Zerrüttung in sich und trägt der Ehemann daran das Hauptverschulden. Unter diesen Umständen kann das spätere rohe und leidenschaftliche Benehmen der Beklagten während der Ehe nicht so schwer ins Gewicht fallen, um auch dem Kläger ein besonderes Klagerecht auf Scheidung wegen Zerrüttung der Ehe durch Verschulden der Beklagten zuzugestehen.

Dagegen ist dieses Verhalten der Beklagten in dem Sinne zu würdigen, dass ihr, weil sie nicht als schuldlos erscheint, weder eine Entschädigung, noch eine Genugtuung zugesprochen wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. März 1921 dahin abgeändert, dass die Ehe der Parteien auf Begehren der Beklagten gemäss Art. 142 und 137 ZGB geschieden wird. Im übrigen wird das angefochtene Urteil bestätigt.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

45. Arrêt de la II^e Section civile du 15 juin 1921 dans la cause Savio contre Savio.

Le contrat de partage successoral, même lorsqu'il s'applique à des immeubles, ne nécessite pas d'autre forme que la forme écrite. Rapports des art. 634 al. 2 et 657 al. 1 CCS. Inapplicabilité de l'art. 22 al. 2 CO.

A. — Emile-Vincent Savio est décédé à Rue (Fribourg) le 19 février 1919 laissant quatre fils : Alfred, Henri, François et Léon et une fille Emilie, mariée à Louis Jaquier. Par testament du 10 février 1919, il avait légué à ses deux fils François et Léon « par prérogative et hors part » le quart de tous ses biens, leur donnant en outre, à titre de rémunération de leur travail dans l'exploitation de son domaine, tout son mobilier, son bétail et son « chédail ». Le restant de ses biens devait être partagé par parts égales entre tous ses enfants, étant stipulé toutefois qu'Alfred Savio avait déjà reçu du testateur une somme de 5000 fr. qu'il aurait à porter en déduction de sa part, en la rapportant à la masse.

Le 9 mai 1919, les cinq enfants d'Emile-Vincent Savio ont passé et signé un contrat de partage en la forme écrite prévoyant qu'Henri Savio « reprendrait la succession complète pour la somme de 100 000 fr. », François et Léon devant recevoir le quart de la succession par anticipation, à titre d'indemnité pour leur travail, et le reste, y compris la somme de 5000 fr. due par Alfred, devant se répartir également entre tous les héritiers. Les parts étaient en conséquence fixées de la sorte : 28 500 fr. à François, 28 500 fr. à Léon, 16 000 fr. à Emilie, 11 000 fr. à Alfred et 16 000 fr. à Henri.

Les héritiers étaient convenus en outre, à titre d'exécution de cette convention, de se présenter devant le notaire Conus, à Rue, pour passer un acte de partage en la forme authentique, mais dès le lendemain de la signature de la convention deux d'entre eux, Alfred Savio et Emilie Jaquier ont fait savoir qu'ils se refusaient à accomplir cette formalité. Par exploit du 7 juin 1919, Henri Savio a sommé alors ses frères et sa sœur « de procéder sans délai à l'exécution de la convention de partage... soit de procéder aux actes nécessaires au transfert de la propriété mobilière et de la propriété immobilière à l'instant... »

La conciliation n'ayant pas abouti, par citation-demande du 23 juillet 1919, Henri Savio a ouvert action contre ses frères et sa sœur en concluant à ce qu'il plût au tribunal condamner les défendeurs :

1° à reconnaître la validité de l'acte de partage signé par eux le 9 mai 1919;

2° à reconnaître conséquemment leur obligation de procéder sans délai aux actes nécessaires au transfert de la propriété des biens immobiliers et mobiliers compris dans la succession à leur frère Henri contre paiement par lui offert des sommes indiquées, soit « d'exécuter le dit partage par stipulation notariale des immeubles en vue de l'inscription au registre foncier et par mise en possession d'Henri de toute la succession. »

Les défendeurs François Savio, Léon Savio et Emilie Jaquier ayant passé expédient sur ces conclusions le 6 octobre 1919, le procès ne s'est plus poursuivi dès lors qu'entre Henri Savio et Alfred Savio. Ce dernier a conclu à libération, en soutenant qu'il n'était pas lié par un acte de partage non dressé en la forme authentique prévue par l'art 657 CCS.

Après divers incidents qu'il n'y a pas lieu de relater ici, parce que définitivement liquidés par l'arrêt dont est recours en vertu du droit fribourgeois, le Tribunal du district de la Glane, par jugement du 31 mai 1920, a alloué au demandeur ses conclusions avec dépens.

Sur appel du défendeur, la Cour d'appel du canton de Fribourg a confirmé ce jugement par arrêt du 14 février 1921. La Cour fribourgeoise estime que si la passation d'un acte authentique est une condition indispensable d'un transfert de propriété immobilière, même en cas de partage successoral, une convention de partage en la seule forme écrite prévue par l'art. 634 al. 2 CCS suffisait cependant pour lier les héritiers en ce sens qu'elle les oblige à se prêter aux opérations nécessaires au transfert.

Le défendeur a recouru en réforme en reprenant ses conclusions libératoires.

'Le demandeur a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Tandis que l'art. 657 al. 1 CCS dispose sous une forme toute générale que les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique, l'art. 634 CCS prévoit que « le partage oblige les héritiers dès que les lots ont été composés et reçus ou que l'acte de partage a été passé » et il prescrit en outre à son alinéa 2 que cet acte n'est valable que s'il est fait « en la forme écrite ». Le recourant prétend voir une contradiction entre ces deux dispositions et s'efforce à

la résoudre en soutenant que l'art. 634 devant céder le pas à la règle plus générale de l'art. 657 ne viserait que les contrats de partage relatifs aux biens mobiliers, de telle sorte qu'en l'espèce, faute d'avoir été passé en la forme authentique, l'acte du 9 mai 1919 devrait être considéré comme nul et de nul effet. Cette opinion ne saurait être admise.

On pourrait tout d'abord à la vérité se demander si, comme l'a soutenu LEEMANN (Schw. Jur. Zeit. X p. 97 et suiv.), l'art. 657 ne devrait pas être mis entièrement hors de cause par cela déjà que le contrat de partage n'impliquerait point de transfert de propriété et ainsi ne rentrerait pas dans la catégorie des actes prévus par cette disposition. Il est de fait que si l'on considère la nature spéciale de la propriété en mains communes, dont la caractéristique est de conférer à chacun des communistes, et partant à chacun des héritiers, de par le seul effet du décès du *de cuius*, un droit de propriété sur la chose entière, on peut être tenté de dénier au contrat de partage le caractère d'un acte translatif de propriété. Encore que le contrat de partage ait pour but de substituer à la propriété conjointe de tous les héritiers sur l'ensemble des biens de la succession soit un droit de même nature au profit d'un nombre plus restreint de communistes, soit un droit de copropriété en faveur de quelques-uns d'entre eux, soit même un droit de propriété individuelle en faveur de l'un d'eux, on pourrait, en effet, soutenir, non sans quelque apparence de raison, que cet acte ne crée en définitive en faveur des attributaires aucun droit nouveau, si ce n'est une faculté plus étendue de disposer de la chose. Il s'agirait donc moins, dans cette hypothèse, d'un transfert de propriété que d'un abandon du droit de disposition de la part des autres cohéritiers et d'une sorte de consolidation du droit de propriété sur la tête du ou des bénéficiaires, le contrat de partage n'ayant lui-même pour objet que la liquidation de la communauté. Loin de voir ainsi une antinomie entre les

art. 634 et 657 CCS, il y aurait lieu d'admettre que ces deux dispositions, visant deux situations essentiellement différentes, ne peuvent de par leur nature même exercer aucune influence l'une sur l'autre.

Mais ne voulût-on pas aller jusque là, c'est-à-dire dénier au contrat de partage le caractère d'un acte translatif de propriété, qu'il conviendrait néanmoins de rejeter la thèse suivant laquelle l'art. 634 al. 2 ne s'appliquerait qu'aux biens mobiliers. Non seulement, en effet, l'art. 634 al. 2 ne fait aucune distinction entre les biens soumis au partage, mais cette réglementation est en réalité la seule compatible avec les nécessités de la pratique. Le partage de la succession doit pouvoir, en effet, s'effectuer par un seul et même acte, réglant en une fois tous les rapports qui ont pu naître entre cohéritiers du fait du décès du *de cuius*, et il est ainsi normal que la loi n'ait prévu qu'une seule forme de contrat, quels que fussent les biens à partager. Or cette forme est celle de l'acte sous seing privé et il n'est donc pas admissible, quelle que soit par ailleurs la portée de l'art. 657, de contester la validité d'un contrat de partage régulièrement passé en cette forme.

Pour ce qui est de l'effet du contrat de partage, il va de soi que cet acte « oblige » les héritiers en ce sens tout d'abord que, une fois le contrat signé, il n'appartient plus aux contractants de modifier unilatéralement les dispositions prises quant à l'importance ou l'attribution des lots, mais il les « oblige » également en ceci, que chacun des héritiers est tenu de prêter son concours à l'exécution de la convention, c'est-à-dire à l'accomplissement des mesures nécessaires pour faire mettre les divers attributaires en mesure d'exercer leur droit de propriété sur les biens, meubles ou immeubles, qui leur ont été dévolus. Dès qu'il s'agit d'immeubles, soit que l'on considère l'inscription comme une mesure d'ordre destinée simplement à procurer le droit de libre disposition sur la chose (art. 965), soit qu'on l'envisage comme une des conditions

normales du transfert immobilier (dans l'hypothèse où l'on admet au contraire que le partage entraîne une mutation de propriété ; art. 656), dans l'un et l'autre cas l'inscription est également indispensable et l'un des effets normaux du contrat de partage sera donc ainsi d'obliger les héritiers à l'accomplissement des formalités voulues pour l'obtention de l'inscription.

Le recourant fait observer à ce sujet que le Conseil fédéral exigeant pour l'inscription la formalité de l'acte authentique (Feuille fédérale 1917 p. 673 et suiv.), on en arriverait, en suivant l'opinion ci-dessus, à ce résultat que des héritiers, bien que déjà liés par un contrat de partage sous seing privé, se verraient dans la nécessité néanmoins de passer un nouvel acte en la forme authentique à seules fins de pouvoir obtenir l'inscription et que l'une au moins de ces deux formalités doit être tenue pour superflue. Si ce résultat paraît peu satisfaisant ce n'est pas là une raison suffisante pour donner de l'art. 634 une interprétation restrictive manifestement contredite par son texte. Il est évidemment nécessaire de présenter au conservateur du registre foncier un document établissant d'une manière à la fois sûre et définitive les droits des héritiers sur les immeubles de la succession et il se peut qu'un contrat de partage, avec les conditions et les charges dont il se trouve affecté, ne remplisse pas toujours cette condition. Mais d'autre part l'art. 18 ORF, qui détermine « les justifications à produire pour l'inscription de la propriété », prévoit expressément comme une justification suffisante de l'inscription non seulement un acte de partage en la forme authentique, mais également et même en premier lieu « une déclaration écrite constatant le consentement unanime des héritiers ». Quoiqu'il en soit d'ailleurs sur ce point la question ne présente qu'un intérêt tout à fait secondaire en l'espèce, car, il n'appartient pas aux tribunaux d'indiquer quels sont les pièces à produire pour l'inscription et d'ailleurs le demandeur s'est borné à conclure à ce qu'il fût déclaré que le

défendeur est tenu de se prêter à la passation d'un acte authentique. En présence de la jurisprudence actuelle des autorités chargées de la surveillance du registre foncier, cette formalité pouvant être envisagée comme une condition de l'inscription, soit comme une mesure d'exécution du contrat de partage, et le droit fribourgeois, ainsi qu'il ressort du jugement attaqué, connaissant en cette matière une procédure spéciale destinée à suppléer éventuellement au consentement du débiteur (art. 660 CPC), ces conclusions apparaissent en tout état de cause comme justifiées.

2. — En ce qui concerne l'art. 22 al. 2 CO également invoqué par le recourant, il ne saurait trouver son application en l'espèce. Quoiqu'il en soit de la question de savoir si la forme écrite prévue dans le contrat de partage a bien été prescrite « dans l'intérêt des parties » ainsi que le requiert l'art. 22 al. 2, ou si au contraire elle ne doit pas être envisagée comme une mesure destinée simplement à faciliter l'opération de l'inscription, il reste en tout cas que l'art. 22 CO ne se rapporte qu'aux contrats par lesquels on s'engage à passer une convention future, alors que le contrat du 9 mai 1919, ainsi que tous les contrats de partage d'une façon générale, est un acte qui se suffit entièrement à lui-même et par lequel les parties ont entendu régler immédiatement et définitivement le sort des biens de la succession (cf. d'ailleurs OSER, art. 22 III 5).

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.