

Grube wesentlich beeinträchtigen und erschweren; derartige Gruben für Aufzüge pflegen denn auch erfahrungsgemäß nicht eingefriedigt zu werden. In Betracht fällt auch, daß der Keller und damit die Grube keineswegs jedermann zugänglich ist, sondern daß es sich um den privaten Keller des Beklagten handelt, zu dem Dritten der Zugang nur in Begleitung des Beklagten oder seiner Leute gestattet ist. Der Vertreter des Klägers hat heute § 71 des PolStrG für Basel-Stadt angerufen, nach dessen Ziffer 1 strafbar ist „wer „gegen die ihm gegebene polizeiliche Weisung verabsäumt, in „seinem Eigentum befindliche gefährliche Stellen mit festen Ge- „ländern oder andern zureichenden Sicherungsmitteln zu ver- „sehen“. Allein abgesehen davon, daß diese Gesetzesverletzung vom Kläger vor den kantonalen Instanzen nicht angerufen worden ist und daß es sehr zweifelhaft erscheint, ob das Bundesgericht deren Vorhandensein überhaupt nachprüfen kann (vergl. Art. 83 OG) — es kann kaum gesagt werden, die Vorinstanz habe die Bestimmung nicht beachtet, da sie vom Kläger gar nicht geltend gemacht wurde —, so sind jedenfalls die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verletzung nicht nachgewiesen, neu zu deren Nachweis vorgebrachte Behauptungen aber können vom Bundesgericht gemäß Art. 80 OG nicht gehört werden. Anderweitige Tatsachen, die einen mangelhaften Unterhalt oder eine fehlerhafte Anlage erkennen ließen, hat der Kläger nicht geltend gemacht, und das Klagefundament aus Art. 67 OR fällt damit dahin.

4. Aus den gleichen Gründen kann aber auch nicht von einem eigenen Verschulden des Beklagten die Rede sein, worauf übrigens der Kläger erst heute abgestellt hat.

5. Endlich ist auch die Haftung aus Art. 62 OR nicht gegeben, nachdem festgestellt ist, daß alles zur Einrichtung der Grube Nötige getan und namentlich, daß der Kläger gewarnt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 3. Juni 1907 in allen Teilen bestätigt.

83. Arrêt du 26 octobre 1907, dans la cause
Giraud contre Monigatti.

Cession de créance hypothécaire, art. 198 CO, droit cantonal et droit fédéral. Le droit cantonal règle la cession des créances hypothécaires en son entier, y compris la garantie du cédant.

A. — Par acte notarié du 14 septembre 1903, Didolo Giraud a, moyennant versement de 23 000 fr., cédé et transporté aux consorts Monigatti, sous la seule garantie de son existence, une créance hypothécaire de pareille somme, à prendre sur celle qu'il possédait contre la Société immobilière de l'Angle de Belmont en vertu d'actes notariés des 6 juin et 7 septembre 1903; le cédant a subrogé les cessionnaires, à concurrence de cette somme de 23 000 fr., dans le bénéfice de l'inscription prise à son profit au bureau des hypothèques de Genève, au vol. 418, n° 213.

En vertu de cet acte, les consorts Monigatti obtinrent, le 3 novembre 1904, un jugement du Tribunal de première instance de Genève condamnant la Société immobilière à leur payer la somme de 23 000 fr. avec tous accessoires. Mais par arrêt du 20 octobre 1906 la cour de justice civile déclara l'action mal fondée et débouta les demandeurs de leurs conclusions, les demandeurs ne pouvant pas, a dit la cour, mesurer plus de droits que leur auteur Giraud. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes.

B. — Le 15 décembre 1904, la Société immobilière de l'Angle de Belmont a été déclarée en faillite. Par jugement du 9 avril 1906, confirmé par arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 26 mai suivant, les actes notariés des 6 juin et 7 septembre 1903 qui constituaient la créance hypothécaire de Giraud contre la Société immobilière ont, — ensuite d'un procès débattu entre lui et la masse en faillite, — été annulés, de même que l'inscription d'hypothèque figurant aux registres fonciers.

Giraud a, en revanche, été reconnu créancier chirographaire pour une somme à déterminer par experts, arrêtée

par la suite à 42 000 fr. ; l'état de collocation a été rectifié dans ce sens le 13 juin 1906 et Giraud a touché 2885 fr. 55 dans la répartition.

C. — C'est dans ces circonstances que les consorts Monigatti ont introduit le présent procès, demandant à Giraud le paiement de la somme capitale de 23 000 fr. et tous accessoires et d'une indemnité de 2000 fr. Giraud a résisté à la demande ; il a allégué que les consorts Monigatti auraient dû produire chirographairement à la faillite de la Société immobilière de l'Angle de Belmont.

D. — Par jugement du 30 avril 1907, confirmé par l'arrêt de la cour du 29 juin suivant, le Tribunal de première instance de Genève a :

« Condamné Giraud à payer aux demandeurs, avec intérêts » de droit :

» 1° La somme de 23 000 fr. avec les intérêts tels qu'ils » résultent de l'acte de cession des 6 juin et 14 septembre » 1903 ;

» 2° La somme de 525 fr. 85 représentant les frais de » l'instance supportés par les demandeurs dans le procès » soutenu contre la Société immobilière de l'Angle de Bel- » mont et contre l'administration de la faillite de cette so- » ciété, procès terminé par jugement du 3 novembre 1904 » et arrêt du 20 octobre 1906 ;

» 3° La somme de 800 fr. à titre de dommages-intérêts. »

Le tribunal a considéré que rien n'obligeait les consorts Monigatti à modifier, par une production à la faillite, la nature de leur créance et à renoncer au bénéfice de l'hypothèque, — que Giraud ne peut invoquer aucune faute de la part des époux Monigatti lui ayant préjudicié, — que, puisque l'inscription hypothécaire totale prise à son profit n'a pas été maintenue, il n'y a aucune raison quelconque d'admettre qu'elle eût pu être maintenue pour la part cédée aux consorts Monigatti, — et qu'il y a, par conséquent, lieu d'admettre l'action en garantie dirigée contre le cédant. La cour a fait mention de l'art. 1692 du code civil genevois, qui dispose que : « La vente ou cession d'une créance comprend les

» accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hy- » pothèque. »

E. — C'est contre ce prononcé que Giraud a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral concluant à ce qu'il lui plaise :

« Adjuger au recourant ses conclusions devant l'instance » cantonale supérieure, tendant au déboutement des consorts » Monigatti de leur demande et de toutes leurs conclusions. »

Les consorts Monigatti ont conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

« Ne pas entrer en matière pour cause d'incompétence sur » le recours exercé par le sieur M.-D. Giraud ; » Sinon écarter le recours comme mal fondé. »

Les intimés allèguent qu'il s'agit d'un litige découlant de la cession d'une créance hypothécaire, par conséquent soumis exclusivement à l'application du droit cantonal (CO art. 198).

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Il paraît résulter de l'arrêt attaqué que les tribunaux genevois n'ont entendu faire application, en l'espèce, que de dispositions de droit cantonal. Si même tel est le cas, le Tribunal fédéral n'en doit pas moins examiner si le droit fédéral aurait dû être appliqué à l'exclusion du droit cantonal (art. 57 al. 2 OJF).

Par contrat du 14 septembre 1902, le recourant a vendu aux intimés, pour le prix de 23 000 fr., et leur a fait cession d'une créance hypothécaire d'égale valeur, contre un tiers. Il s'est vérifié, par la suite, que l'hypothèque garantissant la créance était nulle ; l'acte notarié qui constituait la créance hypothécaire fut annulé, de même que l'inscription aux registres fonciers. Ces faits ont fait surgir entre parties, le cédant et le cessionnaire, une série de questions qu'ils ont soumises aux tribunaux : quels sont les effets de l'annulation d'une hypothèque garantissant une créance ? — Cette annulation entraîne-t-elle celle de la créance ? — Donne-t-elle au cessionnaire une action en garantie contre le cédant ? — Lui donne-t-elle droit à des dommages-intérêts ? — Quelles sont la durée et l'étendue de cette garantie ?

L'examen du Tribunal fédéral doit, avant tout, porter sur la question de savoir jusqu'à quel point ces questions sont soumises au droit fédéral.

L'art. 198 CO, placé à la fin du titre qui règle la cession ou le transport des créances, dispose qu'il n'est pas dérogé, par les articles de ce titre, aux dispositions des législations cantonales relatives à la cession des créances hypothécaires. Quelle est la portée de cet article? La réserve faite en faveur du droit cantonal ne comprend-elle que la cession proprement dite des créances hypothécaires ou porte-t-elle également sur les conditions et conséquences de cette cession? Est-ce que, en particulier, la garantie que les art. 192 et 193 CO mettent à la charge du cédant peut aussi être invoquée par le cessionnaire d'une créance hypothécaire ou celui-ci ne peut-il s'appuyer que sur les dispositions du droit cantonal régissant la matière? Telle est la question à résoudre.

2. — Le titre V du Code fédéral des obligations a pour but de régler la cession faite en exécution d'un contrat quelconque (vente, donation, échange, etc.). Les art. 192 et 193 règlent la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire et les art. 197 et 198 soustraient aux dispositions de ce titre le transport des lettres de change et des titres à ordre ou au porteur et la cession des créances hypothécaires.

Le Tribunal fédéral a exprimé déjà, d'une manière toute générale, que la matière des créances hypothécaires était exclue du domaine du droit fédéral à raison de sa liaison intime avec les dispositions du droit hypothécaire cantonal (RO 16 399). Appelé à se prononcer sur un cas analogue à la présente espèce, le tribunal a relevé, d'abord, que l'art. 198 CO, — comme l'art. 231 CO concernant les ventes d'immeubles, — paraît avoir une portée générale et réserver aussi, en faveur du droit cantonal, la question de la garantie du cédant d'une créance hypothécaire; il a donné comme argument, en faveur de cette interprétation, la place de l'art. 198 CO à la fin du titre V. Le tribunal a justifié, ensuite, la réserve faite en faveur du droit cantonal, en ce qui concerne la cession proprement dite de la créance hypothécaire, par la liaison intime qui existe entre les règles de droit régissant

les créances hypothécaires et les règles du droit immobilier, et il cite l'art. 507 CO à l'appui de son dire (RO 24 II 117). Ces motifs sont inattaquables et l'on doit logiquement en déduire que toute la matière des créances hypothécaires est soustraite au droit fédéral, soit aussi bien les conditions et conséquences de leur cession que cette cession elle-même.

3. — Mais, après avoir posé ces principes généraux, le Tribunal fédéral y a apporté une limitation, précisément en ce qui concerne la question spéciale de la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire; il a estimé que cette liaison intime existant entre les règles de droit régissant les créances hypothécaires et les règles du droit immobilier, liaison intime qui justifie la réserve faite en faveur de la cession proprement dite d'une créance hypothécaire, n'existe pas en ce qui concerne la garantie du cédant, vu que cette garantie ne découle pas de la cession elle-même de la créance, mais de l'opération juridique que la cession réalise, c'est-à-dire du contrat dont elle est l'exécution. Le tribunal invoque à l'appui de son dire la distinction faite par l'art. 192 CO qui accorde ou refuse la garantie du cédant suivant que la cession a lieu à titre onéreux, — par exemple en exécution d'un contrat de vente, — ou à titre gratuit, ensuite de donation.

Cette jurisprudence qui a été suivie dans un autre arrêt (RO 27 II 402) ne peut pas être maintenue telle quelle. — C'est à tort, en effet, qu'alors qu'il s'agissait de l'interprétation du code fédéral des obligations et de la délimitation des domaines respectifs des droits fédéraux et cantonaux, les arrêts ci-dessus cités s'en sont tenus uniquement à la solution de la doctrine et ont prétendu ne faire découler la garantie du cédant que de l'opération juridique que la cession de créance réalise, en faisant purement et simplement abstraction de la nature de la créance cédée. Cet élément joue aussi son rôle en matière de cession de créance; cela est si vrai que c'est précisément à raison de leur nature spéciale de créances hypothécaires et d'effets de change que le code fédéral des obligations a fait, en faveur de ces créances, la réserve des art. 197 et 198. Ce rôle peut même être essentiel, la présente espèce en est la preuve. Il n'est pas possible de

dire que, dans la créance hypothécaire, l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance ; loin de là : l'hypothèque a, parfois, une telle importance et agit si effectivement sur la créance à laquelle elle est attachée qu'elle la transforme et que, si elle vient à être annulée, sa disposition rétroagit sur la créance au point de pouvoir la rendre illusoire. Le droit hypothécaire prend alors un rôle prépondérant ; c'est notamment le cas lorsque, comme en l'espèce, le cessionnaire prétend faire appel à la garantie du cédant à raison de la nullité de l'hypothèque, indépendamment même de la question d'existence ou d'inexistence de la créance. Il n'est dès lors pas possible de nier que la garantie du cédant est en rapport direct avec la nature de la créance et que c'est à tort que les arrêts cités ont fait abstraction de cet élément.

4. — La nature de la créance cédée ayant un effet sur la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire, le droit hypothécaire cantonal aura son influence lorsqu'il s'agira de créance hypothécaire. — Il résulte de là que la liaison intime — existant entre les règles de droit régissant les créances hypothécaires et les règles du droit immobilier, — qui a nécessité la réserve faite par l'art. 198 CO pour la cession proprement dite des créances hypothécaires, nécessite aussi que cette réserve soit étendue aux conséquences et conditions de la cession des dites créances. Dans ces circonstances, la question de savoir quels sont les effets de l'annulation d'une hypothèque sur la créance hypothécaire et quels droits découlent de cette annulation pour le cessionnaire vis-à-vis du cédant doivent être examinés uniquement en regard du droit cantonal. Le Tribunal fédéral est donc incompétent en la matière.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours pour cause d'incompétence.

84. Arrêt du 1^{er} novembre 1907,

dans la cause **Tornare, dem. et rec., contre Brandt, déf. et int.**

Art. 50 et suiv. CO. Responsabilité des conducteurs d'automobile pour accidents causés aux personnes. — Portée, pour la responsabilité civile, du concordat intercantonal concernant la circulation des automobiles. — Faute du conducteur consistant dans une vitesse exagérée.

A. — Le 2 juin 1905, le D^r Brandt, voyageant en automobile avec son ami Louis Gallet, rencontra au-dessus de Charmey (Fribourg) trois chars de bois, marchant l'un derrière l'autre, conduits par Edouard Tornare et ses deux fils.

Au moment du passage de l'automobile, le conducteur du second char, le dit Edouard Tornare, tomba sous les roues du char, qui lui passa en entier sur le corps. Tornare mourut peu après des suites de cet accident.

Les demandeurs estimant que le décès de leur mari et père est la conséquence d'une faute du défendeur, lui ont, après une poursuite pénale qui s'est terminée par un acquittement, ouvert la présente action civile et ont conclu à ce qu'il plaise aux tribunaux :

» 1^o Condamner le D^r Brandt à payer à l'hoirie de feu Edouard Tornare, soit à dame veuve Edouard Tornare, à Charmey, et à ses deux enfants, la somme de 30 000 fr., ou ce que justice connaîtra, à titre d'indemnité ; »

» 2^o A payer l'intérêt de la dite somme au taux du 5 % l'an dès le 2 juin 1905. »

Le défendeur a contesté toute faute de sa part et a conclu au déboutement des demandeurs.

B. — De l'expertise faite sur les lieux par l'ingénieur Matthey-Doret et à laquelle l'instance cantonale a accordé un grand poids, il résulte ce qui suit :

Le point précis où l'automobile a croisé le deuxième char est en rase campagne, à une altitude de 900 mètres, cette partie de la route ne se trouve ni dans la traversée d'un village ou hameau, ni à un contour, ni à un endroit où l'autorité