

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht
i n E r w ä g u n g :

Nach Art. 56 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur in solchen Zivilrechtsstreitigkeiten zulässig, die von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischen Rechts entschieden worden sind oder zu entscheiden waren. Weder die eine noch die andere dieser Voraussetzungen trifft hier zu. Denn einerseits hat die Vorinstanz den streitigen Schadenersatzanspruch ausschliesslich nach dem bisherigen kantonalen Recht beurteilt, und andererseits war er auch nur nach diesem zu beurteilen, da die Tatsachen, aus welchen der Klagsanspruch abgeleitet wird, sich alle vor dem Inkrafttreten des ZGB ereignet haben. Selbst wenn die Bestimmung des Art. 426 ZGB, wonach der Vormund und die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden « bei der Ausübung ihres Amtes die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten » haben und für den Schaden haften, den sie « absichtlich oder fahrlässig verschulden », im Sinne des Art. 2 SchlT als eine « um der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit willen » aufgestellte zu betrachten wäre — was hier nicht entschieden zu werden braucht, — so würde sich daraus doch nicht ohne weiteres die Ausserkraftsetzung des bisherigen kantonalen Rechts hinsichtlich einer auf altrechtliche Tatsachen gegründeten Verantwortlichkeitsklage ergeben. Es müsste vielmehr, damit dem neuen Rechte diese Wirkung zuzuerkennen wäre, nicht nur im Allgemeinen die Aufstellung von Vorschriften über die in Betracht kommende Materie, sondern insbesondere auch die Abweichung von der bisherigen Regelung einem Gebote der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit entsprechen, oder m. a. W. es müsste (im Sinne des Art. 2 Abs. 2 SchlT ZGB) die

bisherige Regelung « nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen ». Dies trifft aber hier deshalb nicht zu, weil, wie sich aus dem vorliegenden kantonalen Urteil ergibt, schon im bisherigen schwyzerischen Recht der im ZGB aufgestellte Grundsatz der Haftung des Vormunds und der vormundschaftlichen Behörden für jede fahrlässige Schädigung der Mündelinteressen galt.

Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf eine Klage wie die vorliegende ergibt sich auch nicht etwa aus Art. 14 Abs. 1 SchlT ZGB. Diese Bestimmung bedeutet nur, dass Vormundschaften, die vor dem 1. Januar 1912 errichtet worden sind, hinsichtlich der Wirkung von Tatsachen, die sich nach diesem Zeitpunkt ereignet haben, vom neuen Rechte beherrscht werden. Dagegen unterstellt sie dem neuen Rechte nicht auch die Wirkung von Tatsachen, die sich vor jenem Datum ereignet haben. Demgemäss hat denn das Bundesgericht auch schon in einem frühern, dem vorliegenden gleichartigen Falle (18. Mai 1916 i. S. Vogt gegen Bircher & Genossen) das Eintreten auf die Berufung verweigert.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

3. Arrêt de la II^e section civile du 22 mars 1917
dans la cause

Dame Ballet-Wenger contre Banque populaire suisse.

Art. 1^{er} et 10 titre final CC. La validité d'une séparation de biens prononcée par un jugement rendu sous le régime de l'ancien droit doit être appréciée conformément à ce droit.

L'inscription au registre matrimonial ne valide pas un régime matrimonial frappé de nullité.

Art. 191 ch. 2 C. C. La question de savoir si des biens acquis par la femme postérieurement au 1^{er} janvier 1912 constituent des biens réservés doit être tranchée uniquement en vertu du droit nouveau. Le fait que les biens ont été achetés au moyen des deniers du mari est indifférent pour la question de savoir s'il s'agit de biens réservés.

L'art. 11 titre final, combiné avec l'art. 188 C. C., ne garantit que les droits acquis par les créanciers sur les biens qui étaient déjà affectés à leur garantie sous l'empire de l'ancien droit.

A. — A la requête de la Banque Populaire Suisse, à Genève, l'office des Poursuites de Genève a saisi le 23 juillet 1912, au préjudice de Henri Ballet, restaurateur, entre autres objets de la lingerie (n° 96 à 99 du procès-verbal de saisie) dont la valeur est sans conteste inférieure à 2000 fr. La femme du débiteur, dame Henriette Ballet, a revendiqué un droit de propriété sur la lingerie saisie et, par exploit du 24 août 1912, a assigné la Banque Populaire devant le Tribunal de première instance du canton de Genève pour faire reconnaître son droit.

La demanderesse alléguait avoir acquis en mai 1912 la lingerie en question, de ses propres deniers, pour le service des restaurants du bateau « Evian » dont l'exploitation lui a été confiée, à elle personnellement, en vertu d'une convention du 7 juillet 1911. Dame Ballet invoquait en outre le fait qu'elle est séparée de biens d'avec son mari.

La séparation de biens des époux Ballet a été prononcée par un jugement du 26 avril 1909, mais lors de la liquidation de la communauté d'acquêts, le mari reconnu, suivant l'acte notarié du 11 mai 1909, devoir encore à sa femme certaines sommes qu'il paierait à première réquisition. La séparation de biens fut enregistrée puis, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, portée d'office dans le registre des régimes matrimoniaux, conformément à l'art. 106, al. 2 de la loi genevoise d'application du C. C. S.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande.

B. — Par jugement du 2 décembre 1913, le Tribunal de première instance du canton de Genève a débouté la

demanderesse de ses conclusions. Après avoir renvoyé la cause à l'instruction par arrêt du 19 juin 1914 et avoir acheminé la demanderesse, par arrêt du 25 avril 1915, à prouver qu'elle avait acquis des objets revendiqués avec le produit de son travail, en dehors de toute activité de son mari, la Cour de Justice civile du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance, par arrêt du 1^{er} décembre 1916.

Les motifs à la base de ces arrêts sont en résumé les suivants :

1^o La séparation de biens est nulle parce que, prononcée sous le régime du droit genevois, elle n'a pas été régulièrement exécutée conformément à ce droit (art. 1444 CC gen.).

2^o L'inscription faite au registre des régimes matrimoniaux ne peut en tout cas porter préjudice aux droits des créanciers, antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil suisse (art. 11 titre final et art. 179 al. 3 CCS). Tel est le cas pour la Banque Populaire.

3^o En vertu de la loi genevoise du 7 novembre 1894, modifiant le régime matrimonial quant aux biens, la demanderesse ne peut prétendre aux objets revendiqués qu'en prouvant les avoir acquis avec le produit de son travail, à l'exclusion de toute activité de son mari. Cette preuve n'a pas été rapportée. Il s'agit, au contraire, d'acquisitions faites avec les bénéfices d'une activité exercée en commun par les deux époux.

C. — Dame Ballet a formé, en temps utile, contre l'arrêt du 1^{er} décembre 1916, un recours de droit civil auprès du Tribunal fédéral, conformément à l'art. 87, chif. 1^o OJF. Elle soutient que le droit fédéral était seul applicable et fait valoir entre autres qu'en vertu de l'art. 191 CC, les objets revendiqués sont ses biens propres. En conséquence, la recourante reprend les conclusions de sa demande et conclut subsidiairement au renvoi de la cause à l'instance cantonale.

La Banque Populaire Suisse a conclu au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — La séparation de biens des époux Ballet a été prononcée sous l'empire de l'ancien droit civil cantonal et c'est en vertu des règles de ce droit que la Cour de Justice a statué sur la validité du régime matrimonial. A cet égard, sa décision est inattaquable au point de vue du droit applicable (art. 87 OJF). Suivant l'art. 10 titre final CC, la validité d'un contrat de mariage conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi doit être appréciée sur la base de l'ancien droit ; il en est de même, conformément au principe général posé à l'art. 1^{er} titre final, lorsqu'il s'agit d'une séparation de biens prononcée par un jugement rendu sous le régime du droit civil cantonal.

Le fait que la séparation de biens a été portée dans le registre des régimes matrimoniaux institué par la nouvelle loi est indifférent. L'inscription au registre n'a pas pour effet de valider un régime matrimonial frappé de nullité ; elle a seulement pour effet de rendre opposables aux tiers des régimes valablement établis et ne saurait couvrir les vices affectant l'acte constitutif soumis à l'ancien droit. L'opinion contraire impliquerait du reste une fausse interprétation de la loi nouvelle et ne pourrait donc être attaquée par la voie du recours de droit civil.

Il y a dès lors lieu de tenir pour constant que les époux Ballet n'étaient pas séparés de biens. D'autre part, ils n'ont pas fait inscrire dans le registre des régimes matrimoniaux la déclaration générale qu'ils maintenaient leur régime antérieur (art. 9 al. 2, titre final) ; l'inscription faite avant le 1^{er} janvier 1912 ne portait que sur le régime nul de la séparation de biens. Il en résulte qu'à l'égard des tiers, les époux Ballet sont soumis au droit nouveau à partir de son entrée en vigueur.

2. — Reste à examiner si la demanderesse a acquis en propre sous l'empire de la nouvelle loi les objets qu'elle a achetés en mai 1912. Dame Ballet soutient les avoir acquis

pour l'exercice de sa profession de tenancière des restaurants du bateau « Evian » et prétend qu'en conséquence ces biens lui sont réservés de par la loi (Art. 191, ch. 2 CC).

Cette question doit être résolue au regard du droit nouveau. La concession invoquée par la demanderesse date sans doute de juillet 1911 ; mais il ne s'ensuit pas que l'on doive examiner à la lumière du droit cantonal les questions de savoir si *en mai 1912* la demanderesse exerçait encore sa profession et quelles conséquences en découlent. C'est le droit en vigueur à cette date, soit le code civil suisse, qui entre seul en considération.

La Cour de Justice a néanmoins tranché la question des « biens réservés » uniquement et directement en application de la loi cantonale de 1894 modifiant le régime matrimonial quant aux biens. Sur ce point, la décision attaquée ne peut être maintenue. Le code civil suisse ne renferme pas en effet une règle semblable à celle de l'art. 1^{er}, al. 2 de la loi genevoise, suivant laquelle les droits réservés de la femme ne s'étendent point aux acquisitions provenant d'une activité exercée en commun par les deux époux. Une activité professionnelle de la femme, au sens de l'art. 191, chiff. 2 CC, peut aussi exister lorsque la femme exploite un commerce en qualité d'associée en nom collectif de son mari (cf. *Gmür*, ad. art. 191, note 14). On ne peut donc dire que l'application du nouveau droit conduirait nécessairement au même résultat que celle de la loi cantonale. Si les objets en question servent effectivement « à l'exercice de la profession » alléguée par la demanderesse, leur nature de « biens réservés » ne disparaît pas par le motif que, achetés par dame Ballet en son propre nom, ils ont peut-être été acquis au moyen des deniers du mari. Ce fait ne donnerait naissance qu'à une créance du mari contre sa femme.

3. — On peut se demander si le second motif retenu par l'instance cantonale ne repose pas sur l'idée que, pour garantir les droits des créanciers qui ont acquis leurs créances sous l'empire de l'ancienne loi, le régime matri-

monial qui existait alors demeure immuable et que cette garantie n'est pas touchée par la loi nouvelle dans le cas où ce droit serait moins favorable aux créanciers. Cette opinion conduirait à l'application du droit cantonal en lieu et place du code civil suisse. Le Tribunal fédéral peut par suite connaître de la question sur le terrain du recours de droit civil.

L'article 11, titre final, combiné avec l'art. 188 CC (auquel le renvoi de l'art. 11 confère la portée d'une règle de droit transitoire) ne consacre pas purement et simplement l'immutabilité des principes régissant la garantie des droits des tiers ; il ne garantit que les droits acquis par les créanciers sur *les biens* qui étaient déjà affectés à leur garantie sous l'empire de l'ancien droit.

Or, en l'espèce, les objets que la demanderesse prétend lui appartenir à titre de « biens réservés » n'existaient pas encore à l'époque où la loi cantonale était en vigueur, puisqu'ils n'ont été acquis qu'en mai 1912. Les créanciers ne pouvaient donc se récupérer sur ces biens. Partant, l'art. 11, titre final, n'est point applicable et toute possibilité est exclue de faire appel aux règles de l'ancien droit civil cantonal. Ainsi que cela a déjà été exposé, il est en effet indifférent que les *deniers* au moyen desquels les objets litigieux ont été acquis proviennent d'un patrimoine qui, sous l'empire de l'ancien droit, formait la garantie des créanciers du mari.

Dans ces conditions, il y a lieu, conformément à l'art. 93, al. 2 OJF, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour statuer à nouveau en faisant application du droit fédéral.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis dans ce sens que l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour statuer à nouveau sur la base des considérants ci-dessus.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Februar 1917

i. S. Konkursmasse der « Lucerna », Beklagte,
gegen Spörry, Kläger.

Art. 884 ZGB ; Verpfändung eines Warenlagers durch Uebergabe der Schlüssel an einen Angestellten des Pfandschuldners zwecks Ausübung des Besitzes für den Pfandgläubiger. — Gegeneinrede des Dolus (Art. 2 ZGB) gegenüber der Einrede der mangelnden Besitzesübertragung. — Abtretung oder Verpfändung einer Forderung ?

A. — Im Jahre 1910 trat der Präsident des Verwaltungsrates der « Lucerna », Anglo-Swiss Milk Chocolate Co Hochdorf, die sich damals in finanziellen Schwierigkeiten befand und zu ihrer Rekonstruktion grösserer Geldmittel bedurfte, mit dem heutigen Kläger, Kauf- und Finanzmann in Zürich, in Verbindung. Durch Vertrag vom 10. Juni 1910 verpflichtete sich der Kläger, der « Lucerna » einen Kredit bis auf 200,000 Fr. zu gewähren, welcher Betrag der « Lucerna » in der Folge von der Depositenbank in Zürich gegen Bürgschaftserklärung des Klägers ausbezahlt wurde. Als Sicherheit gab die « Lucerna » dem Kläger für 250,000 Fr. Gültens, die auf ihre Fabrikliegenschaften hafteten und später im Konkurs der « Lucerna » gänzlich zu Verlust kamen. In Ziffer 2 Abs. 2 des Vertrages wurde sodann bestimmt : « Ferner » gibt die « Lucerna » dem Herrn Spörry als Faustpfand » Rohkakao und Halbfabrikate im Gesamtwerte von » 80,000 Fr. bis 100,000 Fr. Diese sind in separatem, » abgeschlossenem Raum auszuscheiden. Herr Spörry » oder ein von ihm zu bezeichnender Vertreter führen