

« die Schenkung bestätigt und sogar schriftlich offeriert habe ». Die Einvernahme dieses Zeugen hat indessen die Vorinstanz in Anwendung von § 185 der zürcherischen ZPO abgelehnt und hiebei muss es für das Bundesgericht sein Bewenden haben.

Da darnach die behauptete Äusserung der Erblasserin nicht als nachgewiesen gelten kann, mag dahinstehen, welche Bedeutung ihr beizulegen wäre.

Der blosser Umstand aber, dass die Erblasserin — wohl mit Rücksicht auf ihre verwandtschaftlichen Beziehungen zum Kläger — während Jahren weder die Zinsen eingefordert, noch die Rückzahlung des Darlehenskapitals verlangt hat, bildet kein schlüssiges Indiz für ihren Erlasswillen. Denn aus der Nichtgeltendmachung eines Anspruches während einer bestimmten Zeit leitet das Gesetz nur die Verjährung ab. Während der Verjährungsfrist aber steht es dem Gläubiger regelmässig frei, seine Vertragsrechte geltend zu machen, wann er will. Zur Annahme, dass er dieselben aufgegeben habe, ist weiter erforderlich, dass zu seinem passiven Verhalten während längerer Zeit noch besondere Umstände hinzukommen, die in Verbindung mit jenem den Schluss auf einen Erlasswillen als begründet erscheinen lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 1928 i. S. Gattiker & Co. c. Hürlimann). Derartige Verumständungen sind aber hier nicht gegeben.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Februar 1928 bestätigt.

III. KANTONALES RECHT

DROIT CANTONAL

40. Arrêt de la Section de droit public du 2 juin 1928,

dans la cause **Noséda** contre **Etat de Berne**.

Responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses fonctionnaires. — D'après le droit bernois, l'Etat ne peut être actionné en dommages-intérêts, à raison de fautes de l'un de ses fonctionnaires, avant qu'une décision de l'autorité administrative compétente n'ait constaté que l'agent en cause a manqué aux devoirs de sa charge.

Par arrêt du 2 juin 1927, maintenant un jugement de la Cour d'appel du canton de Berne, du 16 mars 1927, le Tribunal fédéral a constaté que la décision du Président du Tribunal du district de Neuveville, du 11 septembre 1926, ordonnant l'inscription provisoire d'une hypothèque d'entrepreneur au profit d'Antoine Noséda sur l'immeuble Vessaz & C^{ie}, était devenue caduque, faute d'enregistrement dans le délai légal, et qu'elle avait, dès lors, été radiée à bon droit du registre foncier. (RO 53 II p. 216).

Alléguant que le soin de procurer cette inscription incombait au Greffier du Tribunal de Neuveville, et que le préjudice résultant de l'annulation de l'hypothèque découlait, par conséquent, d'une faute dudit fonctionnaire, Noséda s'était adressé au Conseil exécutif du canton de Berne, le 27 avril 1927 déjà. Il invoquait l'art. 51 de la loi bernoise sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires publics, et priait, dès lors, le gouvernement cantonal de se déterminer dans les trente jours sur la réclamation en 32 000 fr. de dommages-intérêts qu'il entendait formuler contre l'Etat de Berne.

Par lettre du 5 mai 1927, le Conseil exécutif fit répondre à Noséda ce qui suit :

« A teneur de l'art. 48 de la loi sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires publics, la question de savoir si une infraction aux devoirs d'une charge publique a été commise ressortit exclusivement aux autorités administratives compétentes, et l'action civile n'est admissible qu'après une décision constatant que l'inculpé a manqué aux devoirs de sa charge. — Suivant l'art. 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, la Cour suprême a la surveillance sur les greffiers des tribunaux en tant que leurs fonctions concernent l'administration de la justice. Partant, c'est elle qui doit statuer sur la question de savoir s'il a été commis une infraction aux devoirs de sa charge par le greffier du tribunal de Neuveville. — En conséquence, nous avons, conformément à l'art. 22 de la loi sur la responsabilité précitée, renvoyé d'office l'affaire à l'autorité compétente, soit à la Cour suprême, parce que nous estimons, vu ce qui précède, qu'il ne nous appartient pas d'en connaître. »

Noséda répliqua, le 7 mai, en invoquant l'art. 48 al. 1 OJF, aux termes duquel le Tribunal fédéral connaît en première et dernière instance des différends de droit civil entre particuliers et cantons, lorsque la valeur litigieuse atteint 4000 fr., même si, d'après la législation cantonale, la cause relève d'autorités spécialement désignées statuant en une procédure spéciale. « Dans ces conditions — concluait le demandeur — et en présence de l'indication expressément annoncée par moi de soumettre ce litige au Tribunal fédéral siégeant comme instance unique, j'estime que la Cour d'appel du canton de Berne doit se refuser à entrer en matière sur cette affaire, cela d'autant plus que je ne l'ai pas invitée à s'en occuper, et que la demande que vous lui avez adressée dans ce sens a l'apparence d'une action provocatoire, soit d'une action que les procédures civiles ne permettent généralement pas. » Le même

jour, Noséda fit, en outre, connaître directement sa manière de voir à la Cour suprême.

Par demande du 10 juin 1927, Noséda a ouvert action devant le Tribunal fédéral, en concluant à ce que l'Etat de Berne soit condamné à lui payer la somme de 32 000 fr. avec intérêts à 5 %, « à titre de dommages-intérêts résultant des informalités et négligences commises à son préjudice par le Greffier et les autorités du Tribunal civil de Neuveville ».

L'Etat de Berne a, en premier lieu, conclu avec dépens à ce que Noséda soit débouté de sa demande pour aussi longtemps que la Cour suprême du canton de Berne n'aurait pas décidé, conformément à l'art. 48 de la loi cantonale du 19 mai 1851, que les autorités judiciaires du district de Neuveville ou le Greffier du Tribunal de ce district ont manqué aux devoirs de leur charge. A titre subsidiaire, l'Etat de Berne a proposé le déboutelement du demandeur.

Noséda a conclu au rejet de l'exception et dénoncé l'instance à son ancien mandataire, M^e X. Le défendeur a fait de même à l'égard de MM. Y. et Z., respectivement président et greffier du Tribunal de Neuveville.

Lors du débat préalable, il a été convenu, d'accord avec le Juge d'instruction, que la question de recevabilité de la demande serait soumise au Tribunal fédéral et tranchée par lui, préalablement au fond.

Considérant en droit :

1. — La présente action est basée exclusivement sur la loi bernoise du 19 mai 1851 concernant la responsabilité des autorités et des fonctionnaires publics. Cette loi dispose notamment :

Art. 46 : Toute action civile *contre des autorités, des fonctionnaires ou des employés*, motivée par des actes relatifs à leurs fonctions, suppose à la fois une infraction aux devoirs de leur charge et un préjudice réel causé par cette infraction.

Art. 47 : L'action en réparation du dommage causé par un *délit* peut être poursuivie par tous ceux qui ont souffert de ce délit, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique...

Art. 48 : Si l'infraction ne constitue *pas un délit*, l'examen de la question de savoir s'il a été causé du *dommage* et l'évaluation de ce dommage appartiennent exclusivement aux tribunaux. Quant à l'existence de l'*infraction* non constitutive d'un délit, son appréciation est du ressort exclusif des autorités administratives compétentes, et l'action civile n'est admissible qu'après un jugement constatant que l'inculpé a manqué aux devoirs de sa charge.

Art. 49 : La déclaration que l'inculpé est responsable du dommage provenant de son fait, formulée, à teneur des art. 26, 27 ou 40, dans une décision du Grand Conseil ou des autorités administratives, sert de titre au fisc ou à la partie plaignante pour la réclamation de dommages-intérêts. Mais elle ne préjuge pas la valeur des réclamations civiles, dont l'appréciation compétente exclusivement aux tribunaux.

Art. 51 : Les actions civiles dérivant de la responsabilité des autorités et des fonctionnaires peuvent être poursuivies *directement contre l'Etat*. Le tribunal ne pourra toutefois admettre l'action contre l'Etat qu'autant que le demandeur aura justifié qu'il s'est adressé au Conseil exécutif au moins trente jours auparavant. Le recours contre celui qui est en faute est réservé à l'Etat (art. 17 de la constitution).

2. — C'est à la législation cantonale qu'il appartient de déterminer si et à quelles conditions les particuliers lésés par un acte délictueux ou une faute de service d'une autorité ou d'un fonctionnaire cantonal pourront obtenir réparation de ce préjudice, de l'auteur du dommage ou de l'Etat lui-même. En cas d'action civile dirigée contre un canton, à raison d'une faute de l'un de ses agents, et portée directement devant le Tribunal fédé-

ral en vertu de l'art. 48 chiff. 4 OJF, la cause est introduite et poursuivie conformément à la procédure fédérale, mais jugée, quant au fond, d'après le droit cantonal. Le Tribunal fédéral n'a donc pas, en pareille matière, de compétence plus étendue que les autorités cantonales. Il doit appliquer la législation cantonale qui, seule, fixe les conditions de naissance et d'extinction du droit allégué (RO 3, p. 417 ; 32 II, p. 184 et arrêt du Tribunal fédéral, du 10 mai 1905, dans la cause Riesen contre Berne, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, t. 41, p. 535 et suiv.). Il a déjà été statué que, d'après la loi bernoise, l'existence d'un jugement préalable de l'organe administratif supérieur admettant qu'il y a eu, de la part d'un fonctionnaire ou d'une autorité, infraction aux devoirs de leur charge, est une condition matérielle du droit aux dommages-intérêts (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, loc. cit.). Or, non seulement Noséda n'a pas provoqué de décision de la Cour suprême du canton de Berne, autorité de surveillance des magistrats et fonctionnaires de l'ordre judiciaire, mais encore il s'est formellement opposé à ce que les pouvoirs administratifs se saisissent de l'affaire. La demande devrait donc, sans aucun doute, être écartée, en l'état, si elle visait personnellement le Président et le Greffier du Tribunal de Neuveville.

3. — Noséda fait valoir, toutefois, que l'art. 48 de la loi bernoise ne s'applique qu'aux actions formées contre les fonctionnaires fautifs, et il soutient qu'une décision administrative n'est point nécessaire lorsque la demande vise l'Etat cantonal.

L'art. 51 — qui ne se réfère pas à l'art. 48 — formule, en effet, une exigence particulière : il dispose que les tribunaux civils ne devront pas accueillir l'action directe contre l'Etat si le demandeur ne justifie pas s'être adressé au Conseil exécutif, au moins 30 jours auparavant. On peut hésiter sur le sens et la raison d'être de cette condition. Si, pour tenter le procès, le demandeur

doit déjà avoir en mains un jugement de l'autorité administrative, constatant que le fonctionnaire en cause a manqué aux devoirs de sa charge, la requête au gouvernement cantonal n'apparaîtrait, sans doute, pas d'une évidente utilité.

On ne saurait, néanmoins, admettre qu'en matière d'action contre l'Etat, l'avis préalable au Conseil exécutif remplace la décision de l'autorité compétente sur l'existence de la faute et que, dès lors, le champ d'application de l'art. 48 soit restreint aux procès dirigés contre les fonctionnaires coupables.

La loi bernoise du 19 mai 1851 a, en effet, été adoptée en exécution de l'art. 17 de l'ancienne Constitution bernoise, dont la teneur correspond à l'art. 15 actuel. Or, aux termes de la Constitution, la demande n'est recevable que si le demandeur justifie qu'au moins trente jours auparavant, il s'est adressé en vain à l'autorité exécutive supérieure. La loi du 19 mai 1851 a, toutefois, subordonné l'exercice de l'action à une autre exigence : elle déclare que, lorsque l'infraction ne constitue pas un délit, la demande ne sera admissible qu'après un jugement constatant que l'inculpé a manqué aux devoirs de sa charge. Sans doute, l'obligation de s'adresser au Conseil exécutif avant d'ouvrir le procès perd, dès lors, une grande partie de sa raison d'être. Le législateur devait, néanmoins, reprendre cette condition, qui résulte d'un texte constitutionnel. La teneur de l'art. 51 ne permet, en conséquence, pas de conclure que l'art. 48 soit étranger à l'action directe contre l'Etat.

4. — En droit bernois, la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses agents ne réside pas dans une faute propre de l'administration (*culpa in eligendo, culpa in custodiendo, mauvaise organisation des services, etc.*). L'Etat de Berne répond des omissions ou négligences de ses fonctionnaires pour les mêmes causes et dans la même mesure que ces derniers. L'action civile est, par conséquent, identique, qu'elle soit dirigée contre l'Etat

ou contre les individus coupables, la personne publique prenant simplement la place de ses organes, dont elle endosse la responsabilité. On ne concevrait, dès lors, pas que la recevabilité de la demande fût subordonnée à des conditions différentes dans l'une et l'autre éventualité. Aussi bien, l'art. 48, qui les détermine, dispose-t-il, d'une manière générale, que l'action civile ne sera admissible qu'après un jugement constatant que l'inculpé a failli aux devoirs de sa charge, sans faire de distinction entre le cas où l'action vise le fonctionnaire, et celui où elle est dirigée contre l'Etat. Et l'art. 49 prévoit positivement que ledit jugement sert de titre, non seulement à la partie plaignante, *mais aussi au fisc*, pour la réclamation de dommages-intérêts. Le texte même de la loi bernoise donne donc à cette condition un caractère absolu. Et l'examen de la *ratio legis* conduit au même résultat.

5. — Si la décision préalable de l'autorité administrative avait pour but de garantir les fonctionnaires contre des prises à partie abusives et vexatoires, elle revêtait la forme d'une simple autorisation au demandeur de faire valoir en justice ses droits contre l'agent. Le supérieur hiérarchique se bornerait, dans ce cas, à examiner si l'action n'apparaît pas, d'emblée, irrecevable ou mal fondée.

Or l'art. 48 de la loi bernoise va beaucoup plus loin. Il réserve à l'autorité administrative le droit de prononcer d'une manière définitive sur l'existence de l'infraction, et ne laisse au juge que le soin de statuer sur l'existence et le montant du préjudice. L'administration rend donc un véritable jugement définitif, qui lie le juge civil.

Ce partage de compétence n'a, d'ailleurs, rien d'exorbitant. Il se retrouve dans le droit de certains Etats allemands qui, par la procédure de la « *Konflikterhebung* » ou de la « *Vorentscheidung* », réservent aux instances administratives la question de savoir si, véritablement,

le fonctionnaire en cause a violé les devoirs de sa charge (MEISSNER, *Das neue Staatsrecht des Reiches und seiner Länder*, p. 249 ; PILOTY und SCHNEIDER, *Grundriss des Verwaltungsrechtes*, 2^e éd., p. 26 et suiv.). Dans l'idée du législateur, les instances judiciaires civiles ne doivent pas être appelées à trancher la question de savoir si, en accomplissant ou en omettant telle ou telle mesure, le fonctionnaire a méconnu les normes de droit administratif qui régissent son activité. Ce principe est également à la base de la distinction faite par la jurisprudence française entre la faute personnelle — dont l'agent coupable répond devant les tribunaux civils — et la « faute de service », en vertu de laquelle l'Etat seul peut être actionné devant la juridiction administrative (voir BERTHÉLEMY, *Traité élém. de droit administratif*, 10 éd., p. 73 et suiv.). La *ratio legis* de l'art. 48 de la loi bernoise n'est donc point de protéger les fonctionnaires contre des actions abusives, mais bien de respecter le principe de la séparation des autorités. Cet article doit donc, logiquement, s'appliquer en cas de procès contre l'Etat comme en cas de responsabilité propre de l'agent (cf. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 6^e et 7^e éd., p. 271).

Cette conclusion s'impose pour un autre motif encore : L'Etat de Berne a, s'il est condamné, un droit de recours contre le fonctionnaire coupable. Il ne pourrait, naturellement, ouvrir action en justice contre ce dernier avant d'avoir obtenu, conformément à l'art. 48, un jugement de l'autorité administrative constatant l'existence d'une infraction aux devoirs du service. Or l'instance administrative n'est pas liée par l'arrêt des tribunaux civils. Condamné par le juge, à raison d'un manquement du fonctionnaire aux obligations de sa charge, l'Etat pourrait se heurter, plus tard, à une décision de l'autorité administrative niant l'existence de toute infraction. L'exercice du droit de recours de l'Etat serait donc rendu impossible. Pour ces divers motifs,

il y a lieu, en conséquence, d'admettre l'application de l'art. 48 en cas de procès contre l'Etat, et, partant, d'accueillir l'exception dilatoire opposée par le défendeur.

6. — C'est dans ce sens que le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé, le 10 mai 1905, dans la cause Riesen contre Etat de Berne (*Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, t. 41, p. 535 et suiv.). Il est vrai que, quelques mois plus tard, l'arrêt Mühlethaler contre Etat de Berne (RO 32 II, p. 183 et suiv.) a admis la thèse contraire. Mais un examen plus approfondi ne permet pas de maintenir cette dernière solution, basée sur des renseignements erronés.

Dans l'arrêt Mühlethaler, le Tribunal fédéral déclare qu'il n'y a pas de motif réel pour faire, au point de vue de la nécessité d'un jugement préalable, une distinction entre la demande formée contre l'Etat et celle dirigée contre le fonctionnaire fautif. Si, néanmoins, il admet que l'art. 48 de la loi bernoise s'applique seulement dans la seconde éventualité, c'est, dit-il, parce qu'il est venu à sa connaissance que, selon la jurisprudence des cours et autorités bernoises, l'obtention d'un prononcé administratif constatant la faute du fonctionnaire n'est requise qu'en cas de procès intenté à l'agent coupable. Le Tribunal fédéral ajoute que, s'agissant de l'application d'une loi cantonale, il ne voit pas de motifs pour l'interpréter de façon différente et plus rigoureuse que ne le font les autorités bernoises dans leur pratique constante et, d'ailleurs, soutenable. L'instance fédérale, visiblement peu convaincue, a donc considéré que, vu le doute, il était préférable de ne pas se mettre en contradiction avec la jurisprudence bernoise, dans une question relevant exclusivement du droit cantonal.

Or, les deux seuls précédents invoqués n'étaient déjà pas absolument décisifs. Dans le jugement Blum, du 27 avril 1877 (*Zeitschrift des bern. Juristenvereins*, t. 13, p. 327), unique décision cantonale existant en 1906, la Cour d'appel du canton de Berne avait, en effet,

écarté, au fond, la demande de dommages-intérêts, mais sans discuter l'exception du défendeur. Il serait excessif, d'autre part, de considérer la déclaration du gouvernement bernois, dans l'affaire Gerber (RO 7, p. 144), comme la preuve d'une pratique constante des autorités cantonales, cette déclaration isolée étant en contradiction avec l'attitude très nette prise, peu avant, par le Conseil exécutif, lors du procès Blum.

Bien plus, un fait nouveau s'est produit, dès lors : Par jugement du 17 décembre 1918 (Zeitschrift des bern. Juristenvereins, t. 55, p. 348 et suiv.), la Cour d'appel a, en effet, déclaré irrecevables les demandes formées contre l'Etat, lorsqu'elles n'ont point été précédées d'une décision de l'autorité administrative, reconnaissant l'existence de la faute. Ce jugement permet aujourd'hui de considérer la question comme résolue, du moins pour les tribunaux bernois. Le droit matériel étant régi, en l'espèce, exclusivement par la législation cantonale, le Tribunal fédéral ne peut qu'adopter à son tour cette solution, conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Le Tribunal fédéral prononce :

L'exception dilatoire opposée par le défendeur est admise et la demande rejetée, en l'état.

IV. VERSICHERUNGSVERTRAG

CONTRAT D'ASSURANCE

41. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. März 1928
i. S. « Helvetia » Schweiz. Unfall- und Haftpflichtversicherungsgesellschaft gegen Schmidt.

Automobilhaftpflichtversicherung.
Die Bestimmung eines kantonalen Gesetzes, wonach die Erteilung der Verkehrsbewilligung an einen Automobilisten davon abhängig gemacht wird, dass dieser sich über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung ausweise, die auch die grobe Fahrlässigkeit im vollen Umfange (unter Ausschluss des Herabsetzungsrechtes gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG) in sich schliesst, ist nicht bundesrechtswidrig (Erw. 2). Kann ein solcher Ausschluss, wenn er nicht ausdrücklich in die Policebestimmungen aufgenommen worden ist, unter Umständen als von den Parteien stillschweigend vereinbart erachtet werden ? (Erw. 3).

A. — Am 8. Mai 1922 kam es zwischen einem Adolf Soltermann, Metzgerburschen in Tavannes, der auf einem Velo auf der Jurastrasse gegen die Aarwangerstrasse und den Bahnhof Langenthal fuhr, und dem heutigen Kläger, C. R. Schmidt, der mit einem Automobil durch die Aarwangerstrasse in das Dorf Langenthal hineinfuhr, zu einem Zusammenstoss, bei dem Soltermann erhebliche Verletzungen davontrug.

Da Schmidt sich weigerte, dem Soltermann den ihm aus dem Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen, reichte letzterer Klage gegen Schmidt ein, welche im Betrage von 13,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. März 1923 gutgeheissen wurde. Diese Forderung betrug nach eingetretener Rechtskraft des Urteils inklusive Zins und Prozessentschädigung 15,000 Fr. Hieran leistete die Schweizerische Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt « Helvetia » auf Grund einer von Schmidt abge-