

Indessen sind diese Ergebnisse bei korrekter praktischer Handhabung durch Spezialisten sozusagen sicher; denn es steht dahin, ob die bei der Bestimmung der bezüglichlichen medizinischen Erfahrungssätze aus dem Blut ehelicher Kinder entdeckten Ausnahmen von 1,5 ‰ wirklich solche gewesen seien und nicht einfach Trugschlüsse aus falschen Prämissen. Übrigens liesse sich wegen einer so geringfügigen Möglichkeit von Ausnahmen nicht mit Fug sagen, es werden nicht erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten gerechtfertigt durch die aus der Blutuntersuchung der Eltern und des Kindes gefundene Feststellung, dass das Kind Blut mit Gruppeneigenschaften aufweist, die nach den medizinischen Erfahrungen über die Vererbung der Beschaffenheit des Blutes nicht aus der Kombination der Blutgruppen, denen einerseits die Mutter und andererseits der Beklagte angehört, entstehen können. Freilich will mit diesen Darlegungen nicht das Ziel verfolgt werden, die Vorinstanz geradezu zur Anordnung einer Blutuntersuchung anzuweisen; es soll überhaupt dahingestellt bleiben, ob die neueren Ergebnisse der Blutprobe eine grundsätzliche Änderung der Rechtsprechung zu rechtfertigen vermögen. Dagegen erscheint es dem Bundesgericht nicht unmöglich, dass die Vorinstanz zu einer andern Stellungnahme in dieser Frage gelangen könnte, wenn sie an den beiden im vorigen erörterten Gründen ihrer Ablehnung nicht festhalten kann. Nachdem es der Klägerin verstattet worden ist, durch das einzig auf ihre Gewissenhaftigkeit abgestellte Beweismittel des Eides die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten zu begründen, dürften hier die Bedenken gegen das neue, an objektive Umstände anknüpfende Beweismittel nicht allzusehr betont werden, welches das einzige Beweismittel ist, das dem Beklagten zur Verteidigung bleibt und ihm zudem nur eine verhältnismässig geringe Chance lässt, sich erfolgreich auf Art. 314 Abs. 2 ZGB berufen zu können. Der Vorinstanz wird also anheimgestellt, neuerdings darüber zu befinden, ob sie die Blutuntersuchung an-

ordnen wolle, oder ob die von ihren früheren ablehnenden Entscheidungsgründen unangetastet verbleibenden Bedenken sie neuerdings davon abhalten. Ebenso bleibt sie gemäss Art. 81 Abs. 1 OG in der Würdigung eines allfälligen Gutachtens, im Zusammenhang mit dem übrigen Prozessstoff, frei. Insbesondere wird sie gegebenenfalls zu entscheiden haben über die Rechtsfolgen einer allfälligen endgültigen Weigerung der Mutter und für das Kind, sich das nötige Blut entnehmen zu lassen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## II. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

**19. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 24 mai 1934  
dans la cause Banque Populaire de la Broye et Dame Besse  
contre Treyvand.**

*Hypothèque.* Possibilité de transférer au profit d'un autre créancier la garantie réelle (hypothèque) attachée à une créance éteinte par le paiement ?

A. — Emile Besse était débiteur de Samuel Furi d'une somme de 26 000 fr. en garantie de laquelle il avait, par acte notarié du 7 juin 1922, constitué une hypothèque en deuxième rang sur ses immeubles. Le 26 décembre 1926, le notaire Servien, agissant au nom de Furi, a exigé d'Emile Besse l'acquittement du capital et des intérêts de l'obligation hypothécaire. N'ayant pas les fonds nécessaires, Emile Besse s'est adressé à l'Agence de la Banque Populaire de la Broye à Avenches. L'agent de la Banque, Jean Baillif, lui a expliqué que si la Banque lui ouvrait le

crédit sollicité, il faudrait faire intervenir un tiers, de préférence un membre de la famille Besse, pour racheter le titre et le remettre en nantissement à la Banque. Besse a répondu qu'il s'en rapportait à la Banque pour les détails de l'opération.

Cette opération a été réalisée de la façon suivante, d'entente entre la Banque, Besse, sa femme et le créancier Furi :

Le 25 juin 1927, la Banque a ouvert à Emile Besse un crédit de 26 000 fr. cautionné solidairement par Dame Besse et quatre fils Besse. Le compte ainsi ouvert a été débité immédiatement de la somme de 26 000 fr. qui a été versée à Furi le 27 juin par l'Agence d'Yverdon de la Banque. En outre, quelques jours plus tard, la Banque a adressé au notaire Servien 337 francs pour solde d'intérêts. Le 30 juin, le notaire a envoyé à la Banque le titre hypothécaire muni de la cession suivante libellée par la Banque et signée par Furi : « Je déclare faire cession et remise du présent titre à Dame Anna Besse, née Liniger, femme d'Emile à Guévaux r. Mur (Vully), qui m'en a fait remettre la contrevaleur en capital et intérêt, à mon entière satisfaction, par 26 337 fr. Champvent, le 24 juin 1927 ».

Par acte du même jour, Anna Besse a déclaré donner en gage à la Banque le titre hypothécaire. Celui-ci porte au dos les signatures : « Anna Besse et E. Besse, mari autorisant ».

On ignore quand ces signatures ont été apposées, mais, étant donnée la place qu'elles occupent, c'est certainement après le 4 juillet 1927, date à laquelle la cession de Furi en faveur d'Anna Besse a été inscrite au registre foncier.

Besse a été l'objet d'une poursuite en réalisation de gage intentée par le Crédit Foncier Vaudois, créancier hypothécaire en premier rang. Le 24 novembre 1930, la Banque Populaire de la Broye a écrit au préposé aux poursuites : « La vente des immeubles de E. Besse à Mur étant appointée au 18 décembre, nous avons l'avan-

tage de vous informer que le compte de ce débiteur s'élève à cette date à 27 571 fr. 60. Nous vous prions de bien vouloir nous faire figurer à l'état des charges pour ce montant. Nous ajoutons que si nous intervenons à l'état des charges, c'est en raison du fait que l'obligation hypothécaire de 26 000 fr. en second rang nous a été donnée en nantissement (ces trois mots remplacent un mot gratté, qui était probablement « cédée ») par la femme du débiteur en date du 25 juin 1927. Au moment de la répartition vous voudrez bien tenir compte de cette cession ».

L'état des charges dressé le 6 décembre 1930 porte la mention suivante : « Banque Populaire de la Broye à Payerne. Solde redû au 18 décembre 1930 sur l'obligation hypothécaire du 7 juin 1922 de 26 000 fr. due primitivement à Samuel Furi, cédée à Anna Besse, née Liniger, femme d'Emile, donnée en nantissement à l'intervenante en date du 25 juin 1927, 27 571 fr. Gage : tous les immeubles en deuxième rang ».

L'office indiquait ainsi la Banque Populaire de la Broye comme créancière hypothécaire, tout en mentionnant qu'elle n'avait reçu qu'en nantissement l'obligation hypothécaire de Dame Besse et tout en inscrivant comme somme garantie une somme supérieure au montant de la créance hypothécaire.

Gaston Treyvaud, cessionnaire d'une obligation hypothécaire en troisième rang, a protesté contre cette inscription, en soutenant :

a) que la Banque Populaire de la Broye n'a aucun droit de gage immobilier sur les immeubles de Besse,

b) qu'il n'existe aucun droit de gage en deuxième rang entre celui du Crédit Foncier et le sien, parce que la créance que le gage en deuxième rang garantissait a été éteinte par le paiement fait par Besse au moyen des fonds que lui a remis la Banque Populaire de la Broye,

c) que, partant, la Banque Populaire de la Broye ne peut pas être mise au bénéfice d'un droit de gage sur cette créance éteinte,

d) qu'enfin en tout état de cause la charge inscrite ne pourrait être maintenue pour une somme supérieure à 26 000 fr., une créance d'une femme contre son mari ne pouvant être productive d'intérêts.

Au vu de cette contestation, l'office a fixé à Treyvaud un délai de dix jours pour ouvrir action. Treyvaud a porté plainte. L'autorité inférieure de surveillance a admis la plainte et a imparti la qualité de demandeur à la Banque Populaire de la Broye. Cette décision a été confirmée par l'autorité cantonale de surveillance et par la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral. Les autorités de surveillance ont jugé que, la Banque Populaire de la Broye n'étant pas créancière hypothécaire inscrite, c'était à elle qu'il appartenait d'ouvrir action à Treyvaud (art. 39 ORI et art. 107 LP).

B. — La Banque Populaire de la Broye a ouvert action à Treyvaud en prenant les conclusions suivantes :  
Plaise à la Cour prononcer :

Principalement,

qu'elle est, ensuite de cession, créancière de l'obligation hypothécaire de 26 000 fr. grevant les immeubles de Besse,

que l'opposition de Treyvaud à l'état des charges est écartée,

que la Banque est maintenue ou, subsidiairement, sera inscrite à l'état des charges comme créancière de l'obligation hypothécaire de 26 000 fr. ;

Subsidiairement,

qu'elle est au bénéfice d'un gage mobilier sur l'obligation hypothécaire et que, sur le vu du jugement, Dame Besse sera inscrite à l'état des charges comme créancière de cette obligation hypothécaire grevée d'un droit de gage en faveur de la demanderesse.

Dame Besse est intervenue au procès et a pris les mêmes conclusions que la demanderesse.

Treyvaud a conclu tant préjudiciellement qu'au fond au rejet des conclusions des parties demanderesse et intervenante.

Par jugement du 16 février 1934, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a débouté de leurs conclusions la demanderesse et l'intervenante.

C. — La Banque Populaire de la Broye et Dame Besse ont recouru en réforme en reprenant leurs conclusions.

Le défendeur a conclu au rejet des recours et à la confirmation du jugement.

*Considérant en droit :*

1. — Pour justifier ses conclusions principales tendant à la reconnaissance de sa qualité de créancière hypothécaire de Besse, la Banque Populaire de la Broye a soutenu qu'elle était au bénéfice des droits de Dame Besse, qui s'était fait elle-même céder la créance de Furi contre son mari.

Ainsi que l'a jugé avec raison la Cour cantonale, aucune preuve n'a été en réalité rapportée d'une cession à la Banque des droits prétendument acquis par Dame Besse. Le seul argument avancé par la Banque est tiré du fait que Dame Besse a apposé sa signature en blanc au pied de l'obligation hypothécaire et fait suivre sa signature de la mention « mari autorisant ». Or il est clair que cette signature ne saurait, en l'absence de tout autre indice, faire preuve de la cession. Elle peut avoir été donnée tout aussi bien aux fins d'attester le consentement de Dame Besse au nantissement du titre, et, si l'on se reporte aux pourparlers qui ont entouré le paiement de Furi et la remise du titre à la Banque, il faut convenir que cette hypothèse est en réalité la seule qu'ont envisagée les parties. En effet, il n'a jamais été question entre elles que de nantissement. La Cour cantonale pose en fait que le mécanisme de l'opération expliquée par le représentant de la Banque consistait en ceci que Dame Besse remettrait en garantie à la Banque le titre dont (fictivement) elle serait devenue propriétaire, et c'est cette opération qui seule a été soumise à l'approbation de la Justice de paix. Aussi bien, la Banque, lors de son intervention dans la pour-

suite en réalisation de gage dirigée contre Besse, a-t-elle formellement déclaré que l'obligation hypothécaire lui avait été donnée en nantissement par Dame Besse et indiqué conséquemment comme montant de sa créance, non le montant de l'obligation hypothécaire, mais ce qui lui était dû en vertu du compte de crédit que garantissait prétendument le gage constitué par la créance de Dame Besse contre son mari.

Sans doute, aurait-il pu s'agir d'une cession fiduciaire qui, dans les relations entre parties, n'aurait pas donné à la Banque d'autres droits que ceux d'un créancier gagiste, mais qui, en apparence, n'en aurait pas moins été une cession. Cependant rien non plus n'autorise à dire que les parties aient jamais fait une convention semblable.

C'est donc à bon droit que la Cour cantonale a débouté la Banque de ses conclusions principales.

2. — Les conclusions subsidiaires de la demande tendent en résumé à faire prononcer que la Banque est au bénéfice d'un droit de gage sur l'obligation hypothécaire appartenant à Dame Besse et que cette obligation doit en conséquence être inscrite à l'état des charges, grevée d'un droit de gage mobilier en faveur de la Banque.

Ces conclusions soulèvent, il est vrai, plusieurs questions préjudicielles. On pourrait se demander tout d'abord si la Banque a qualité pour requérir l'inscription de l'hypothèque, non plus à son profit, mais au profit de Dame Besse. Cette question peut demeurer ouverte, car Dame Besse a pris les mêmes conclusions et il est incontestable qu'elle aurait qualité pour le faire. Mais une autre question se pose alors, celle de savoir si, même de sa part, ces conclusions sont recevables en l'état. Il est constant, en effet, qu'en dépit des termes de la réquisition du 24 novembre 1930, c'est la Banque et non Dame Besse que l'office a inscrite comme créancière hypothécaire et, normalement, ce serait aux autorités de poursuite à se prononcer en premier lieu sur la légitimité d'une réquisition d'inscription de l'hypothèque en faveur de Dame

Besse. Il se pourrait d'ailleurs qu'une réquisition en ce sens fût actuellement jugée tardive. Il n'y a pas lieu cependant de s'arrêter à ces objections, car, d'une part, la Banque, lors de son intervention, a déclaré expressément ne posséder qu'un droit de gage sur l'obligation hypothécaire et cette intervention peut être considérée comme ayant été faite également au nom de Dame Besse en qualité de créancière hypothécaire, et, d'autre part, il est à prévoir que, soit que l'office corrige l'état des charges en y faisant figurer Dame Besse comme créancière hypothécaire en lieu et place de la Banque, soit qu'il refuse son inscription, un nouveau procès s'engagera où la question de la légitimité de l'inscription de Dame Besse se posera dans les mêmes termes. Or comme Dame Besse et le défendeur sont tous les deux parties au présent procès, il paraît opportun de trancher d'ores et déjà le différend.

3. — C'est également à bon droit que la Cour cantonale a rejeté la prétention de Dame Besse de figurer à l'état des charges en qualité de créancière hypothécaire du chef de l'obligation hypothécaire primitivement souscrite en faveur de Furi et, conséquemment, celle de la Banque d'être reconnue au bénéfice d'un droit de gage sur cette obligation.

Sans doute Dame Besse peut-elle s'autoriser d'un acte de cession régulier en la forme, et est-il vrai aussi que les formalités requises pour la constitution d'un gage mobilier ont été également remplies. Mais la régularité de ces opérations ne saurait évidemment suppléer au défaut des droits qui étaient censés faire l'objet de la cession.

Pour ce qui est tout d'abord de la créance, il y a lieu de relever que Dame Besse n'a pas pu en devenir titulaire. S'il est vrai que la cession d'une créance est valable même sans l'indication de la cause pour laquelle elle s'opère, encore faut-il qu'on puisse lui attribuer une cause légitime. Or, en l'espèce, il est constant que Dame Besse ne peut invoquer aucun titre à l'appui de sa prétendue acquisition. Ce n'est pas à elle que la Banque a avancé

les fonds qui ont servi à désintéresser Furi, et rien n'autorise à dire que Besse s'est constitué débiteur de la Banque dans l'intention de faire une donation à sa femme. Il serait invraisemblable que, n'étant déjà pas en mesure de payer son créancier Furi, il se fût volontairement chargé d'une nouvelle dette. En réalité, Besse ne désirait qu'une chose, à savoir payer son créancier Furi, et il a accepté les conditions de la Banque sans bien se rendre compte des conséquences de l'opération qui lui était proposée.

La Banque aurait pu, il est vrai, se faire céder la créance et l'hypothèque de Furi. Mais cela ne lui convenait pas, parce qu'elle voulait faire un prêt à Besse à des conditions autres que celles que lui avait faites Furi. D'une part, elle tenait à conserver telle quelle la créance qu'elle avait acquise par son avance à Besse, mais elle désirait que cette créance fût garantie par l'hypothèque qui jusqu'alors avait garanti la créance de Furi ; d'autre part, elle ne voulait pas conclure un nouvel acte hypothécaire, probablement à cause des frais que cela aurait entraînés. Et c'est là la raison pour laquelle elle a imaginé le procédé auquel les parties ont eu recours : se faire remettre en nantissement l'obligation hypothécaire, après l'avoir fait céder par Furi à Dame Besse.

S'il s'était agi d'une cédula hypothécaire, il n'eût pas même été besoin d'une cession du titre à Dame Besse. Le paiement fait à Furi n'aurait pas entraîné l'extinction de la cédula ; celle-ci serait rentrée dans le patrimoine du débiteur en tant que valeur indépendante (Eigentümerhypothek), et Besse aurait pu la donner en nantissement à la Banque en garantie du compte de crédit. Mais s'agissant d'une obligation hypothécaire, c'est-à-dire d'une créance hypothécaire ordinaire, le procédé était absolument impropre à procurer le résultat escompté. L'hypothèque, en effet, est un droit essentiellement subordonné à la créance ; elle n'existe qu'en tant qu'existe la créance à laquelle elle est attachée, elle ne peut naître qu'avec elle et disparaît forcément avec elle. Or la créance de

Furi s'était éteinte ensuite du paiement qui lui avait été fait pour le compte du débiteur ; Dame Besse n'a donc pu acquérir le droit d'hypothèque, et la prétendue cession dont elle se prévaut se réduit ainsi en réalité à la simple acquisition du titre, autrement dit de l'instrument dressé lors de la création de l'obligation hypothécaire. Mais, à la différence des titres de gage dont parle l'art. 856 Cc et notamment de la cédula hypothécaire qui, tout au moins pour l'acquéreur de bonne foi, suffit à justifier de l'existence et du droit de gage et de la créance, l'instrument en question ne pouvait suppléer à l'absence des droits qu'il était destiné à constater. En sa qualité de créancier hypothécaire en troisième rang, intéressé à tout affranchissement des immeubles susceptible de lui valoir une garantie supplémentaire, le défendeur était recevable et fondé d'ailleurs à soulever ce moyen. A son égard la simple détention de l'obligation hypothécaire ne pouvait suffire ni à Dame Besse, ni à la Banque — qui, instigatrice de l'opération, ne saurait du reste invoquer sa bonne foi — pour faire la preuve des droits prétendus.

Même les auteurs qui admettent la possibilité d'un transport de l'hypothèque d'une créance sur une autre reconnaissent la nécessité de la passation d'un nouvel acte authentique, condition qui n'est pas réalisée en l'espèce (cf. LEEMANN, art. 825 notes 12 et suiv. spéc. 17).

4. — Etant donné ce qui précède, c'est en vain que les recourantes parlent de fiducie. Il y a fiducie lorsqu'une personne (le fiduciaire) acquiert une qualité et exerce un droit qui en réalité appartiennent, non à elle, mais à une autre (le fiduciaire) envers laquelle elle est liée par un rapport personnel d'obligation. Mais ces droits appartenant en réalité au fiduciaire et exercés à son profit par le fiduciaire, encore faut-il qu'ils existent. Or les droits de créancier hypothécaire que Dame Besse exerce, dit-on, fiduciairement, ils n'existent plus. Ils existaient en faveur de Furi, mais ils ont été éteints par le paiement qu'il a reçu du débiteur, et il est impossible de dire que Furi est fidu-

çant. En effet, Dame Besse n'a aucune obligation personnelle de fiducie envers lui ; il n'est plus créancier hypothécaire, ni en apparence, ni en réalité. Pas plus ne saurait-on dire que ces droits cédés en apparence, « fiduciairement », à Dame Besse ont été cédés en réalité à la Banque qui est devenue fiduciaire. La Banque n'a voulu acquérir, ni en réalité, ni en apparence, la créance de Furi ; elle voulait conserver sa propre créance et ce qu'elle voulait obtenir, c'est uniquement, au profit de cette créance, la garantie hypothécaire qui avait existé au profit de la créance de Furi, ce qui, comme on l'a déjà dit, n'était pas possible, cette garantie qui n'était que l'accessoire de la créance ne pouvant être acquise indépendamment de celle-ci.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Les recours sont rejetés et le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois du 16 février 1934 est confirmé.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 20. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. März 1934 i. S. Ringer gegen Peer.

Art. 20 Abs. 2 OR ist auch auf die Ungültigkeit eines Vertrages wegen eines Formmangels anwendbar.

*Aus den Erwägungen :*

Der Vertrag vom 3. Dezember 1928, aus dem die Klägerin in erster Linie den eingeklagten Anspruch auf die Hälfte der Differenz zwischen 105,000 Fr. und dem erzielten Verkaufserlös der Liegenschaft von 160,000 Fr. ableitet, charakterisiert sich nach seiner Ziff. 1 als ein Vertrag auf

Übertragung von Grundeigentum an die Gesellschaft Peer und Ringer, der gemäss Art. 657 ZGB zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte. Den Kontrahenten muss dieses Erfordernis übrigens bewusst gewesen sein, denn sie stipulierten in Ziff. 2, dass Ringer den Eintrag des Eigentums am Grundstück auf beider Namen verlangen könne, was nur auf Grund eines öffentlich beurkundeten Vertrages möglich gewesen wäre. Es ist nun aber nicht bestritten, dass die Form der öffentlichen Beurkundung nicht gewahrt ist und dass Ringer auch nie versucht hat, die Eintragung im Grundbuch zu bewerkstelligen. Die vor Bundesgericht nicht mehr ausdrücklich aufrecht erhaltene Behauptung der Konversion des der vorgeschriebenen Form entbehrenden Geschäftes ist aus den von der Vorinstanz angestellten Erwägungen zu verwerfen, und es muss hinsichtlich dieses Vertrages nur noch untersucht werden, ob der Formmangel lediglich eine Teilnichtigkeit des Vertrages bewirke, welche die Verpflichtung zur Überlassung der Hälfte des Erlöses nicht berühre. Diese Frage ist zu verneinen. Im Gegensatz zum Obergericht und in Anlehnung an das bundesgerichtliche Urteil vom 5. Oktober 1932 in Sachen Ghielmetti gegen Brugger und Schmidli (BGE 58 II S. 365 ff.) ist allerdings davon auszugehen, dass die Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 OR auch bei Ungültigkeit wegen Formmängeln anwendbar ist. Waren nur einzelne Bestimmungen eines Vertrages einer besondern Form bedürftig und ist diese nicht gewahrt worden, so sind nur diese Teile nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. (Ebenso OSER-SCHÖNENBERGER N 71 zu Art. 20 OR, BECKER, N 8 zu Art. 11 OR.) Der Hinweis der Vorinstanz auf eine Stelle in der Literatur (OSER-SCHÖNENBERGER N 16 zu Art. 20 OR) muss auf einem Missverständnis beruhen, da der betreffende Autor am oben zitierten Ort das Gegenteil ausführt und Abs. 2 von Art. 20 OR eben ein weiteres Anwendungsgebiet hat, als