

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Was die Zulässigkeit der in den Klagebegehren 1 und 2 enthaltenen Feststellungsklage anbetrifft, ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall nicht verlangt wird, dass von Bundesrechts wegen eine Feststellungsklage als zulässig erklärt werde, die das kantonale Recht versagen würde, sondern umgekehrt, dass eine Feststellungsklage, die das kantonale Gericht in Anwendung kantonalen Prozessrechts zugelassen hat, gestützt auf Bundesrecht als unzulässig erklärt werde. Der Berufungskläger unterstellt also, dass das Bundesprivatrecht auch insoweit in das kantonale Prozessrecht eingreife, als es seinerseits die Anwendbarkeit des in Frage stehenden Rechtsbehelfes beschränke, also unter Umständen die Anhebung einer nach kantonalem Prozessrecht zulässigen Feststellungsklage versage. Dieser Standpunkt ist rechtsirrtümlich. Er beruht auf einer Verkennung der Aufgabe der Bundesgesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts und der ihr dabei gezogenen verfassungsmässigen Grenzen. Wenn die Kantone gewillt sind, bei der Ausgestaltung der Feststellungsklage noch weiter zu gehen, als sie mit Rücksicht auf das Bundesprivatrecht gehen müssen, so steht ihnen das kraft ihrer Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Prozessrechtes frei, es wäre denn, dass im konkreten Falle aus dem Bundesrecht geradezu abgeleitet werden müsste, dass dies nicht geschehen könne, d. h. aus dem in Frage stehenden Privatrechtsverhältnis sich ergäbe, dass die Gerichte über dessen Bestand oder Nichtbestand nur in Verbindung mit einer angehobenen Leistungsklage entscheiden können. Diese Voraussetzung trifft jedoch hier nicht zu, indem aus dem Wesen der einfachen Gesellschaft, wie sie im OR geordnet ist, keines-

wegs folgt, dass nur auf Leistung der aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Verpflichtungen und nicht auch auf Feststellung geklagt werden könne, dass eine solche Gesellschaft bestehe und mit deren Eingehung gewisse Verpflichtungen begründet worden seien.

2.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 21. April 1923 bestätigt.

60. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 23 octobre 1923
dans la cause Dubuis contre de Torrenté.

Art. 61 et 362 CO. Action en dommages-intérêts dirigée contre un notaire à raison d'une faute commise dans l'exercice de sa charge. Existence d'une loi cantonale sur la responsabilité civile des notaires. Assimilation de ceux-ci à des fonctionnaires ou employés publics. Droit cantonal seul applicable. Incompétence du Tribunal fédéral.

A. — Le 25 février 1917, Ignace-Adrien Dubuis et son frère Joseph se sont rendus chez le notaire Albert de Torrenté à Sion et lui ont fait dresser un acte aux termes duquel Joseph Dubuis déclarait « céder et abandonner en toute propriété » à son frère Ignace-Adrien Dubuis divers immeubles, moyennant quoi ce dernier s'obligeait à entretenir Joseph Dubuis sa vie durant et reprendre à sa charge toutes les dettes de celui-ci.

Joseph Dubuis est décédé le 7 juin 1917.

Les héritiers, savoir quatre frères et sœurs du défunt et leurs descendants, ont alors ouvert action contre Ignace-Adrien Dubuis en vue de faire prononcer l'annulation de l'acte du 25 février 1917, qui, disaient-ils ne répondait pas aux prescriptions des art. 522 CO, 500 et 501 CCS.

Par jugement du 21 octobre 1918, constatant qu'effectivement l'acte attaqué n'avait pas été rédigé dans les formes requises, le Tribunal du III^e arrondissement pour le district de Sion l'a déclaré nul et de nul effet. Ce jugement est devenu définitif faute d'appel régulier.

Le 10 juillet 1919, les héritiers ont procédé au partage de la succession, y compris Ignace-Adrien qui y participa pour $\frac{1}{5}$. Mais alors que dans l'acte d'entretien viager du 25 février 1917 l'actif du patrimoine de Joseph Dubuis avait été fixé à 6434 fr., l'évaluation faite au moment du partage la fit s'élever à 25 000 fr.

Estimant, par conséquent, avoir été frustré de 20 000 francs, et ce par la faute du notaire de Torrenté, Ignace-Adrien Dubuis a assigné ce dernier en paiement de ladite somme à titre d'indemnité, avec intérêts à 5 % dès le 8 novembre 1917.

De Torrenté a conclu au déboutement, en contestant que le contrat d'entretien viager fût assujéti aux formes prévues pour les testaments publics et en contestant également le mode de calcul de l'indemnité proposé par le demandeur.

B. — Par jugement du 29 mai 1923, le Tribunal cantonal du Valais, estimant que le fait par le défendeur d'avoir négligé d'observer les formes prévues par les art. 522 CO, 500, 501 et 512 CCS constituait une faute, que cette faute engageait sa responsabilité, tant en vertu de l'art. 35 de la loi cantonale sur le notariat du 4 mars 1896 qu'en vertu des art. 328 et 361 CO, a considéré la demande comme fondée en principe et a fixé l'indemnité à la somme de 4000 fr.

C. — Par acte du 17 juillet 1923, le demandeur a recouru en réforme en reprenant l'intégralité de ses conclusions.

Le défendeur s'est joint au recours, en concluant au rejet de la demande.

D. — En date du 4 mars 1896, le législateur valaisan a édicté une loi relative à l'exercice du notariat. Après

avoir posé le principe que les notaires « sont civilement responsables des fautes et négligences qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions » (art. 35), cette loi prévoit que tout notaire est tenu de fournir un cautionnement (art. 37), lequel sert de garantie : « a) à toutes les obligations du notaire découlant de l'exercice de ses fonctions ; b) aux réparations civiles auxquelles il pourrait être tenu en vertu des art. 35 et 36 de la présente loi » (art. 41). L'art. 42 ajoute que « l'action en dommages-intérêts tant contre le notaire que contre ses cautions se prescrit en conformité des art. 69 et 155 du Code fédéral des obligation ».

Considérant en droit :

1. — Le défendeur ne conteste plus — avec raison d'ailleurs (cf. RO 48 II p. 63) — que la convention passée entre le demandeur et son frère et qui constituait incontestablement un contrat d'entretien viager, eût nécessité pour sa validité l'observation des formes prévues aux art. 522 CO, 512, 500 et 501 CCS. Sur le fond, le litige se ramènerait donc à la question de savoir si le fait par le défendeur de n'avoir pas rédigé le contrat en la forme exigée par la loi est de nature à engager sa responsabilité à l'égard du demandeur et, le cas échéant, quel serait le montant de l'indemnité que ce dernier serait en droit de réclamer de ce chef. Mais avant d'aborder l'examen de cette question, il importe de rechercher si le Tribunal fédéral est compétent pour en connaître, car aux termes de l'art. 56 OJF, seules sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en réforme les causes jugées en application des lois fédérales ou qui appellent l'application de ces lois.

2. — Dans une cause qui présente une grande analogie avec la présente espèce (RO 27 II N° 35), le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger que les obligations qui pouvaient incomber aux notaires en leur qualité de fonctionnaires ou d'employés publics de-

vaient, en vertu de l'art. 349 CO ancien, être considérées comme régies par le droit cantonal, aussi bien d'ailleurs en ce qui concernait les conséquences de leur inexécution qu'en ce qui avait trait à leur étendue, et, d'autre part, qu'en vertu de la règle énoncé à l'art. 64 al. 1 CO ancien, la responsabilité qu'ils pouvaient encourir à raison des actes illicites commis dans l'exercice de leur charge devait également s'apprécier d'après le droit cantonal, si ce dernier contenait des dispositions spéciales à ce sujet. Il n'y a aucun motif de se départir de ces principes en l'espèce. Aussi bien les règles posées aux art. 349 et 64 CO ancien ont été formellement maintenues dans la législation nouvelle (cf. CO art. 362 et 61).

3. — La première question à examiner est donc celle de savoir si les notaires valaisans doivent ou non être rangés parmi les fonctionnaires ou employés publics visés par ces dernières dispositions. L'instance cantonale ne s'est pas, il est vrai, prononcé sur ce point, mais si l'on tient compte du résultat de la jurisprudence et de l'interprétation très large qu'elle a donnée de la notion de « fonctionnaires et employés publics », conformément d'ailleurs à la tendance générale de la doctrine (cf. en particulier RO 47 II p. 413; 47 II p. 502; 47 II p. 559; 48 II p. 417; H. ESCHER, Schweizer. Bundesbeamtenrecht, p. 15; R. GESER, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, etc., p. 34 et suiv.; ZIEGLER, Zeitschrift f. schweiz. Recht 29 p. 481 et suiv.), la question ne paraît pas discutable et doit être tranchée par l'affirmative, en tant du moins qu'il s'agit des obligations inhérentes à la charge du notaire. Parmi les attributions que la loi valaisanne confère aux notaires, la première et l'une des plus importantes assurément consiste, en effet, à donner aux actes la forme authentique (art. 1^{er}; cf. également loi d'application du CCS art. 47). Or, comme le Tribunal fédéral l'a déjà reconnu dans son arrêt du 5 mai 1897 en la cause Brunner (RO 23 I N° 70), il s'agit là non pas tant de l'exécution d'une

obligation civile découlant d'un contrat passé entre le notaire et son client, que de l'accomplissement d'une mission officielle instituée dans l'intérêt général, le devoir de l'Etat, en matière d'administration de la justice, ne consistant pas seulement à trancher les conflits qui peuvent s'élever entre les justiciables mais, en même temps, à assurer aux particuliers, soit directement par ses propres organes, soit par l'intervention de certaines personnes déterminées et spécialement mandatées à cet effet, la sécurité des transactions et la prééminence du droit lors de la création, la modification ou l'extinction des rapports juridiques. Aussi bien constate-t-on, dans la plupart des cantons où les notaires sont chargés du soin de rédiger les actes authentiques et en Valais notamment (art. 24), que, à moins de circonstances exceptionnelles, le notaire n'est pas fondé à refuser ses offices. Que le mandat dont le notaire se trouve investi comporte en même temps un certain lien de subordination entre lui et l'Etat, cela n'est pas douteux non plus. Pour ce qui est du canton du Valais, il suffit de rappeler que le nombre des notaires est limité à un certain chiffre (art. 19), qu'ils sont soumis à la surveillance du Conseil d'Etat, qu'aux termes de l'art. 67, les minutes sont « une propriété publique confiée aux soins des notaires » et qu'enfin l'exercice de la profession est subordonnée à la fourniture d'un cautionnement (art. 37 et sv.), obligation que l'art. 21 de la Constitution cantonale impose d'une façon générale aux « fonctionnaires ». Le caractère public et en quelque sorte officiel de la charge de notaire, ressort d'ailleurs du fait qu'au chapitre II de la loi d'application du CCS, le législateur valaisan a expressément fait rentrer les notaires, pour certaines de leurs attributions tout au moins, parmi les « autorités administratives ».

4. — En ce qui concerne, d'autre part, la faute reprochée au défendeur, il n'est pas contestable que ce dernier ne l'ait commise dans l'exercice de ses fonc-

tions. Si l'on examine en quoi elle a consisté, on doit constater, de même que dans la cause rappelée ci-dessus (RO 27 II N° 35), qu'il s'agit non pas tant de la violation d'une obligation contractuelle qui se serait établie entre le défendeur et le demandeur, que d'une méconnaissance d'un devoir inhérent à la charge de notaire, devoir qu'a tout notaire, envers quiconque s'adresse à lui, de connaître les formes requises pour la validité des actes qui nécessitent son concours et de veiller à leur stricte observation. Si tant est que le défendeur ait encouru une responsabilité de ce chef, ce ne pourrait être, par conséquent, qu'en vertu des règles relatives à la responsabilité découlant des actes illicites. Mais pour que les art. 41 et suiv. CO pussent trouver leur application en l'espèce, il faudrait que cette matière n'ait pas été réglée par le droit cantonal. Or la loi du 4 mars 1896 ne se contente pas de régler la profession de notaire ; elle contient également des dispositions sur les conséquences civiles des fautes et négligences commises par les notaires « dans l'exercice de leurs fonctions ». Que ces dispositions ne diffèrent pas essentiellement des règles posées aux art. 41 et suiv. CO, et que même, sur certains points, elles se réfèrent expressément aux principes du droit fédéral, cela importe peu. En prescrivant, en effet, à l'art. 61 CO que les cantons peuvent « déroger » aux dispositions des art. 41 et suiv., le législateur fédéral n'a évidemment pas entendu limiter en quoi que ce soit le champ d'application du droit cantonal, mais au contraire l'étendre le plus possible. Il n'est donc pas nécessaire pour exclure l'application du droit fédéral que les cantons aient adopté des règles *différentes* de celles admises en droit fédéral ; il suffit qu'ils aient cru bon de légiférer en ce domaine. Et dans la mesure, par conséquent, où la législation cantonale renvoie aux règles du droit fédéral, ces dernières doivent être envisagées comme partie intégrante du droit cantonal.

Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que l'ins-

tance cantonale a invoqué les art. 328 et 361 CO ; qu'en réalité le litige relevait uniquement du droit valaisan et que, dans ces conditions, l'un et l'autre recours apparaissent comme irrecevables.

Le Tribunal fédéral prononce :

Il n'est pas entré en matière sur les recours.

VII. SCHULDBETREIBUNGS- U. KONKURSRECHT

POURSUITE ET FAILLITE

Siehe III. Teil Nr. 51-54.

Voir III^e partie nos 51 à 54.