

beigepflichtet werden. Weder zwingt der Wortlaut des Art. 622 zu dieser Auslegung, noch entspricht sie der ratio legis. Nach allen drei Gesetzestexten ist die Voraussetzung des Teilungsaufschubs lediglich die, dass die Belastung, bestehend aus den bisherigen Pfandrechten zuzüglich der zu errichtenden Abfindungshypotheken, die Dreiviertelgrenze übersteigen würde. Der vom Gesetz verlangte Kausalzusammenhang zwischen Miterbenabfindung und Überschuldung ist auch in einem Falle wie dem vorliegenden gegeben; in dem allein massgebenden Totalbetrage ist die Grundpfandlast die Folge der Summierung der bisherigen und der zu errichtenden neuen Pfandforderungen, also auch dieser letzteren direkt. Die gegenteilige Interpretation hätte das widersinnige Resultat, dass der Übernehmer eines bisher wenig belasteten Heimwesens der Erleichterung nach Art. 622 teilhaftig würde, der Übernehmer eines bereits hochbelasteten landwirtschaftlichen Gewerbes, der ihrer umso mehr bedürfte, dagegen nicht. Dies wäre eventuell gerechtfertigt, wenn in allen Fällen, wo die Abfindungshypotheken in ihrem ganzen Betrage über die Dreiviertelgrenze zu liegen kämen, eo ipso feststände, dass der Zweck des Art. 622 — einem Erben die Erhaltung des Heimwesens in der Familie zu ermöglichen — illusorisch würde. Das trifft jedoch nicht allgemein zu; es ist durchaus möglich, dass ein besonders tüchtiger Übernehmer trotz der hohen Belastung das Gewerbe, dank der Erleichterung nach Art. 622, rentabel gestalten und jene mit der Zeit reduzieren kann.

Ob hierfür im vorliegenden Falle beim Beklagten Aussicht besteht, erscheint allerdings fraglich, ist jedoch in diesem Verfahren unerheblich, wo sein Anspruch auf Zuweisung des Gewerbes nicht mehr im Streite liegt. Die Frage, wie hoch der Übernehmer das Heimwesen im Falle der Zuweisung zwecks Abfindung der Miterben würde belasten müssen, konnte bei der Prüfung seiner Eignung im Verfahren nach Art. 620 aufgeworfen und

berücksichtigt werden. Von einem Übernehmer, bei dem zum vornherein feststeht, dass seine Miterben auf das Verbleiben in einer Ertragsgemeinschaft mit ihm bzw. auf Abfindung mit Erbengülden angewiesen sein werden, darf und muss ein höherer Grad von Eignung verlangt werden als von einem, der von der Vergünstigung des Art. 622 nicht Gebrauch machen muss. Nachdem jedoch über die Zuweisung an den Beklagten in dem früheren Verfahren rechtskräftig entschieden ist, hat er, da die Voraussetzung der Überbelastung im Sinne des Art. 622 gegeben ist, Anspruch auf Anwendung dieser Bestimmung.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass die Klage auf Erbteilung abgewiesen und die Widerklage auf Verschiebung der Erbteilung geschützt wird.

**24. Arrêt de la II^e Section civile du 26 septembre 1940
dans la cause Furer et consorts contre Behormond.**

Forme du pacte successoral (art. 512 CC).

Le pacte successoral peut être reçu dans les deux formes du testament public (art. 500/501 et art. 502).

Le disposant a le choix; s'il recourt à la seconde de ces formes (qui ne comporte pas signature), il n'est pas tenu de signer encore l'acte ou d'y apposer une marque légalisée, et il peut faire usage de cette forme même lorsqu'il est en mesure de signer. (Changement de jurisprudence.)

Form des Erbvertrages (Art. 512 ZGB).

Zulässig ist jede der beiden Formen der letztwilligen Verfügung (Art. 500/501 und Art. 502 ZGB), nach Wahl des Erblassers. Dieser kann die zweite Form auch dann wählen, wenn er fähig wäre, eigenhändig zu unterzeichnen. Werden die Erfordernisse dieser Form nach Art. 502 eingehalten, so bedarf es weder der Unterschrift noch eines beglaubigten Handzeichens des Erblassers. (Änderung der Rechtsprechung.)

Forma del contratto successorio (art. 512 CC).

Il contratto successorio può essere fatto in ciascuna delle due forme previste pel testamento pubblico (art. 500/501 e art. 502 CC).

Il testatore ne ha la scelta. Se sceglie la seconda di queste due forme (la quale non esige la firma), non è tenuto di firmare ancora l'atto o di apporvi un segno a mano autenticato; egli può scegliere questa forma anche se è in grado di firmare (cambiamento di giurisprudenza).

A. — Le 16 mars 1934, les époux Jeanneret-Gris, sans enfants, ont passé devant le notaire Payot un acte intitulé « Pacte successoral ». Aux termes de cet acte, les comparants « révoquent toutes dispositions de dernière volonté antérieures aux présentes » (art. 1). Ils s'instituent réciproquement héritiers de toute leur succession (art. 2). Les biens composant la succession du survivant reviennent à leurs petites-nièces (filles d'une sœur prédécédée de dame Jeanneret) Sylvie et Renée Behormond (art. 3), sous réserve d'un certain nombre de legs (art. 8).

L'acte porte que Jeanneret « déclare qu'il ne peut ni lire ni signer l'acte pour cause de cécité », que le notaire en donne lecture au disposant en présence de deux témoins appelés, que le disposant déclare qu'il est l'expression fidèle de ses dernières volontés. La minute est signée du notaire et de dame Jeanneret. L'attestation des témoins est signée d'eux et du notaire.

Sieur Jeanneret est décédé le 11 octobre 1935, à l'âge de 84 ans. Sa femme est demeurée en possession de tous les biens détenus en commun.

Après le décès de son mari, dame Jeanneret s'est brouillée avec ses nièces Behormond et s'est liée très étroitement avec les époux Furer chez lesquels elle passa les derniers mois de sa vie. Le 16 novembre 1938, elle a fait un testament olographe par lequel elle a révoqué toutes dispositions testamentaires et spécialement le pacte successoral qui — les nièces Behormond n'y ayant pas été parties — « n'était qu'un testament ordinaire susceptible d'être révoqué ». Elle déclarait vouloir disposer de ses apports en mariage et de sa part aux acquêts, la part de son mari auxdits acquêts demeurant régie par le pacte successoral. Elle faisait un certain nombre de legs et instituait héritière dame Furer. La testatrice est décédée le 21 mars 1939.

B. — Les deux nièces Behormond ont intenté action à l'héritière dame Furer et aux légataires désignés par le testament de dame Jeanneret, en concluant à ce qu'il soit prononcé que ce testament, inconciliable avec les engagements résultant du pacte successoral, ne peut sortir aucun effet.

Les défendeurs ont conclu à libération et reconventionnellement à la nullité du pacte successoral.

Le Tribunal cantonal a admis les conclusions des demandereses et rejeté les conclusions reconventionnelles.

C. — Les défendeurs ont recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant leurs conclusions libératoires et reconventionnelles.

Considérant en droit :

1. — Les défendeurs avaient soutenu dans l'instance cantonale que l'acte du 16 mars 1934 ne constituait pas un pacte successoral, mais un testament conjonctif qui ne pouvait lier dame Jeanneret. Les recourants ne reprennent pas cette thèse devant le Tribunal fédéral. Avec raison, car on est manifestement en présence d'un pacte successoral. Il suffit de renvoyer sur ce point aux considérants décisifs de l'arrêt cantonal.

Il est en outre constant que, d'une part, le décès de sieur Jeanneret a rendu le pacte irrévocable et que, d'autre part, les dispositions du testament de dame Jeanneret sont inconciliables avec ce pacte. Elles seront donc sans effet si l'acte du 16 mars 1934 est valable.

2. — Les recourants soutiennent que le pacte successoral est nul parce qu'il ne porte pas la signature de l'un des contractants, feu Jeanneret. Ils invoquent à cet égard l'art. 512 al. 2 CC et l'interprétation que le Tribunal fédéral en a donnée dans son arrêt du 30 mars 1920 en la cause Hager c. Fuhrer (RO 46 II 13 ss). Cette interprétation, qui exige toujours la signature du disposant, a été combattue par plusieurs auteurs, notamment par ESCHER (Commentaire, art. 512 note 5) et GAUTSCHI (Die öffentliche Beurkundung der Verfügungen von

Todes wegen, Zürich 1932 p. 23 ss). Un nouvel examen de la question amène le Tribunal fédéral à revenir sur sa jurisprudence.

L'art. 512 al. 1 CC prévoit que le pacte successoral doit être reçu dans la forme du testament public. Or cette forme comporte deux variantes : Ou bien le testateur lit l'acte et le signe (art. 500 et 501). Ou bien lecture lui est donnée du testament devant deux témoins auxquels il déclare que ce qui a été lu est bien l'expression de ses dernières volontés ; dans ce cas, il n'a généralement pas lu l'acte et ne le signe pas (art. 502) ; mais cette forme peut aussi être employée lorsque le disposant signe l'acte sans le lire ou qu'il le lit sans le signer (RO 46 II 13). La loi place les deux formes sur le même pied ; le testateur peut choisir librement celle qui lui convient ; il n'est pas tenu de recourir à la première s'il est en mesure de lire et d'écrire. L'art. 512 ne distingue pas entre les deux formes ; elles sont donc en principe toutes deux admissibles pour le pacte successoral comme pour le testament. C'est bien ce qu'a jugé le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, mais il a cru devoir déduire de l'alinéa 2 de l'art. 512 que, même dans le cas de l'art. 502, la lecture de l'acte en présence de témoins ne pouvait remplacer la signature (ou son équivalent d'après le CO).

L'art. 512 al. 2 porte en effet : « Die Vertragsschliessenden haben gleichzeitig dem Beamten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben. » Mais ce texte, pas plus que le texte italien ou même le français (qui dissocie cependant la déclaration des volontés et le fait de la signature), n'impose la conclusion à laquelle le Tribunal fédéral est naguère parvenu. Faisant suite à la clause générale de renvoi aux formes des art. 500 et ss, l'al. 2 de l'art. 512 a visiblement pour but d'empêcher, s'agissant d'un acte bilatéral et non d'un acte unilatéral comme le testament, que les déclarations de volonté soient reçues à des moments différents. Le mot essentiel, c'est « gleichzeitig » (simul-

tanément), qui consacre plus spécialement en matière de pacte successoral le principe de l'unitas actus (cf. à ce sujet RO 60 II 272). Ce mot, dans le texte allemand, qualifie aussi le second membre de phrase relatif à la signature, et, quoi qu'il en soit des autres textes, il n'y a aucun doute que la règle de l'unité vaut aussi pour la constatation que font les disposants de la conformité de l'écrit avec les volontés qu'ils ont exprimées. Mais la signature n'est que l'une des façons de constater cette conformité ; si le législateur a mentionné ce mode, c'est qu'il avait en vue le cas normal ; on n'en peut conclure qu'il ait voulu, d'une manière d'ailleurs purement implicite, exclure l'autre procédé prévu par l'art. 502. Il n'avait pas de raisons de le faire. Dans le cas du testament, le législateur a estimé que la signature pouvait sans inconvénients être remplacée par les formalités de l'art. 502, qui offrent les mêmes garanties que l'acte représente bien les volontés du testateur. On ne voit pas pourquoi cela cesserait d'être vrai pour le pacte successoral. Que celui-ci ait un caractère irrévocable, cela n'a pas pour corollaire qu'il doive, à la différence du testament, être nécessairement signé ; ce qui est essentiel, c'est qu'il soit voulu, et à cet égard la lecture devant les témoins et la déclaration solennelle du disposant, si elles sont jugées suffisantes pour le testament, doivent l'être aussi par identité de motifs pour le pacte successoral.

Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas voulu exiger à tout prix la signature et interdire ainsi à ceux qui ne peuvent signer la conclusion d'un pacte successoral ; faisant appel à l'art. 15 CO, il a permis le remplacement de la signature par une marque légalisée ou par une attestation authentique chaque fois que le disposant est dans l'impossibilité objective d'écrire son nom. Mais les art. 500 et ss CC constituent une *lex specialis* par rapport à l'art. 15 CO et il est singulier de recourir à la loi générale dans une matière où le Code civil a minutieusement prescrit les formes qui devaient être observées. Une telle

combinaison du CO (qui se réfère d'ailleurs au droit cantonal) et du CC ne peut que donner lieu à toutes sortes d'incertitudes. Partant de considérations analogues, le Tribunal fédéral a par exemple jugé que, dans l'hypothèse de l'art. 500 CC, la signature ne pouvait être remplacée par une marque légalisée, puisque l'art. 502 prévoit le cas où le testateur ne signe pas (RO 45 II 135). L'arrêt Hager s'est mis dans une certaine contradiction avec cette jurisprudence. Toutefois, même dans le système de cet arrêt, c'est l'art. 502 et non l'art. 500 qui fait règle pour le disposant qui ne peut ni lire ni écrire, ou ne peut faire l'un ou l'autre (cf. p. 13 in fine et consid. 2), sauf que le procédé employé doit être complété par les formalités de l'article 15 CO. Mais, pour ce qui est de l'attestation authentique, elle se confondra pratiquement avec le procédé en question, soit avec la seconde des formes prévues pour les dispositions de dernière volonté. Quant à l'apposition de la marque légalisée, elle viendrait s'ajouter à cette forme ; mais cette adjonction n'a pas de sens, puisque de toute façon l'art. 502 doit être observé et qu'il satisfait déjà aux conditions de l'art. 15 CO. Ainsi, en définitive, la jurisprudence de l'arrêt Hager revient, en matière de pacte successoral, à réserver la seconde variante du testament public aux personnes tout à fait incapables de signer. Mais si ce procédé présente pour ces personnes toutes les garanties, on ne voit pas pourquoi celles-ci cesseraient d'être suffisantes lorsque le disposant aurait à la rigueur pu signer.

Pour échapper à ces contradictions nullement impliquées par une interprétation raisonnable du texte légal, il faut admettre que le disposant par pacte successoral a le choix, tout comme le testateur, entre les deux formes prévues par les art. 500 et ss CC et qu'il peut donc recourir à la seconde même s'il est en mesure de signer. Que si un pacte successoral dressé en la forme de l'art. 502 portait en outre une marque légalisée, il s'agirait d'une surcharge inutile qui n'entraînerait pas nullité.

En l'espèce, le pacte successoral conclu par les époux Jeanneret-Gris est valable, car il est conforme à l'art. 502 CC, sans qu'on doive rechercher si Jeanneret n'était réellement pas en mesure de signer, ni si l'attestation authentique était suffisante au regard de l'art. 15 CO pris isolément. On n'a pas à examiner non plus si, dans le cas où le pacte aurait été vicié dans la forme, il n'en serait pas moins devenu inattaquable du fait que, de son vivant, dame Jeanneret l'aurait reconnu et exécuté en s'en prévalant pour hériter de son mari.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral
rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Mai 1940 i. S. Kruse gegen Capra & Bonati.

Baupfandrecht, vorläufige Eintragung (Art. 839 und 961 ZGB, Art. 22 der Grundbuchverordnung).

1. Der Richter kann, ohne damit Bundesrecht zu verletzen :
 - binnen der Frist des Art. 839^{II} ZGB eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts auf unbestimmte Zeit gewähren unter der Bedingung, dass die Klage auf Anerkennung des Pfandanspruchs bereits hängig sei oder binnen angemessener, von ihm bestimmter Frist angehoben werde ;
 - binnen der Frist des Art. 839^{II} ZGB die Erneuerung einer bereits erfolgten und dann gelöschten vorläufigen Eintragung bewilligen, sofern der Pfandanspruch inzwischen nicht rechtskräftig erledigt worden ist ;
 - die dem Berechtigten zur Anhebung der Klage gesetzte Frist (Art. 961 am Ende) nach seinem Ermessen erstrecken.
2. Nach Beendigung des Hauptprozesses bleibt die vorläufige Eintragung bestehen, sofern der Richter deren Ersetzung durch endgültige Eintragung weder selbst anordnet noch dem Berechtigten Frist zur Anmeldung setzt und der Berechtigte auch nicht von sich aus die endgültige Eintragung nachsucht. Vorbehalten bleibt das Recht des Grundeigentümers, gege-