

nissen, der sozialen Stellung u. s. w. der Beteiligten und ist unabhängig von den Gründen, aus denen die Ehe geschieden wurde. Wenn sodann auch diese Gründe für die Zuteilung der Kinder von Einfluß sein mögen, so hat doch das Bezirksgericht diese Zuteilung bereits zu Gunsten der Klägerin vorgenommen. Die Klägerin wendet sich nur noch dagegen, daß sich die getroffene Regelung bloß auf die Zeit bis zum erfüllten 16. Altersjahre der Kinder erstreckt und eine spätere Neuordnung vorbehalten bleibt. Ob diese zeitlich beschränkte Zuteilung richtig sei oder nicht, hängt aber wiederum nicht mit der Verschuldensfrage zusammen, sondern beurteilt sich wesentlich von den für das Wohl der Kinder entscheidenden Erwägungen kantonrechtlicher Natur, von welchem Gesichtspunkte aus denn auch das Bezirksgericht diesen Punkt gewürdigt hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

### 6. Arrêt de la II<sup>e</sup> section civile du 29 mai 1912

*dans la cause Benedetti, dem. et rec., contre Benedetti,  
dem. et int.*

Conv. intern. de la Haye des 12 juin 1902 et 15 septembre 1905. Divorce entre Français; compétence. — Péremption de l'action à teneur de l'art. 138 al. 2 CCS; calcul du délai en application de l'art. 49 Tit. fin. CCS. — Notion du pardon: il ne découle pas nécessairement du retrait d'une action en divorce. — Attribution des enfants: compétence des tribunaux suisses à teneur des art. 2, 9 et 32 loi féd. rapp. civ.

A. — Les époux Benedetti-Frangy, de nationalité française, ont contracté mariage à Plainpalais le 6 octobre 1908. De cette union est née une fille, Renée-Louise-Laura, le 28 septembre 1909. Des dissentiments et des disputes se sont produits entre époux dès après le mariage et l'ont même précédé en une certaine mesure. Il résulte de l'ensemble du dossier que dame Benedetti est une personne extrêmement

nerveuse, ce qui est apparu en particulier pendant la grossesse survenue peu après le mariage. A propos de la moindre circonstance, elle a suscité des scènes d'injures à son mari, et s'est comportée à son égard d'une manière inqualifiable, le giflant, l'égratignant et l'injuriant grossièrement. D'autre part, le mari est d'un caractère emporté, et, sans vouloir admettre le reproche d'ivrognerie qui lui a été fait, on doit reconnaître que la nature de ses occupations peut l'amener à boire plus que de raison, le rend ainsi plus excitable encore et explique les scènes de violence et les injures qu'il a proférées contre sa femme.

B. — Au commencement de décembre 1909 déjà, le recourant introduisait une action en divorce contre sa femme; il alléguait que la vie commune était devenue impossible par la faute de dame Benedetti, à cause des scènes continuelles d'injures et de violence qu'elle suscitait. La tentative de conciliation eut lieu sans résultat le 3 décembre. Néanmoins les époux se réconcilièrent le même jour, sur l'intervention des beaux-parents et reprirent la vie commune, après que dame Benedetti ait écrit à son mari une lettre, datée du 4 décembre, dans laquelle elle reconnaissait les faits qu'il lui reprochait et lui en exprimait ses regrets.

C. — Le 11 juin 1910 cependant, le recourant notifiait à la défenderesse une nouvelle demande en divorce. Celle-ci en faisait autant le 14 juin 1910. Les époux ont articulé l'un contre l'autre le même grief de « sévices et injures graves », et invoquent tous les deux l'art. 46 litt. b de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874. Le Tribunal de I<sup>re</sup> instance de Genève ordonna la jonction des deux instances et, après une procédure au cours de laquelle 54 témoins ont été entendus, rendit, le 12 juin 1911, un jugement prononçant le divorce contre les deux époux et confiant la garde de l'enfant issu du mariage à la mère tout en donnant au père un droit de visite dont les conditions sont déterminées en détail par le dispositif du jugement et le condamnant à payer à la défenderesse une somme de 30 fr. par mois pour sa part contributive à l'entretien de l'enfant.

D. — Sur appel des deux parties, la Cour de Justice civile de Genève a, par arrêt du 2 mars 1912, réformé le jugement de 1<sup>re</sup> instance en ce qu'il prononce le divorce contre dame Benedetti, mais l'a confirmé en ce qu'il le prononce contre le mari, ainsi que pour ce qui a trait à la garde de l'enfant, et à la part contributive à l'entretien de celui-ci, mais en précisant davantage encore les conditions dans lesquelles le mari fera usage du droit de visite. Cet arrêt est motivé par le fait que les scènes d'injures relevées par le tribunal sont toutes antérieures à la réconciliation du 3 décembre 1909, à l'exception de la scène du 4 juin 1910; et que, s'il est établi que le demandeur et recourant a, au cours de cette dernière scène, commis des actes de violence et proféré des injures contre sa femme, les enquêtes n'ont rien établi contre cette dernière postérieurement à la réconciliation. Celle-ci a en effet effacé les griefs que le demandeur a pu avoir contre la défenderesse et aucun fait nouveau ne permettant de les faire revivre, il n'existe ainsi aucun motif pour prononcer le divorce contre dame Benedetti.

E. — C'est contre cet arrêt que Benedetti a, par déclaration du 12 mars 1912, recouru au Tribunal fédéral. Il a conclu à l'annulation de l'arrêt de la Cour de Justice civile, à ce que le divorce soit prononcé en sa faveur et contre sa femme, et à ce que la garde de l'enfant issue du mariage lui soit adjugée.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — La compétence des tribunaux genevois et celle du Tribunal fédéral existent à teneur de l'art. 5 ch. 2 de la Convention internationale en matière de divorce et de séparation de corps des 12 juin 1902 et 15 septembre 1905. En effet les époux Benedetti-Frangy sont de nationalité française et le droit français admet la compétence du tribunal de domicile en matière de divorce (v. MEILI et MAMELOK, *Intern. Zivil- und Prozessrecht*, p. 216). Enfin le code civil français admet (art. 231) le divorce pour excès, sévices et injures graves, comme d'autre part le Code civil suisse, dont la Cour de Justice civile a fait application avec raison (voir arrêt du

Tribunal fédéral du 15 février 1912), prévoit à l'art. 138 que chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'attentat à la vie, de sévices ou d'injures graves.

2. — Les faits, tels qu'ils ont été admis par l'instance cantonale, lient le Tribunal fédéral, qui peut simplement examiner s'ils constituent les sévices et les injures exigés tant par la législation française que par la législation fédérale.

La Cour de Justice civile a tout d'abord admis qu'une réconciliation avait eu lieu entre les époux le 4 décembre 1909 au moment du retrait de la première action en divorce introduite par Benedetti, et qu'ainsi tous les griefs antérieurs à cette date devaient être considérés comme effacés par cette réconciliation. On pourrait se demander si ces faits n'ont pas également perdu toute signification au vu de l'alinéa 2 de l'art. 138 CCS, qui établit une prescription de six mois à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause de divorce. Ce délai se caractérise en effet comme un délai de péremption ou de déchéance, que les tribunaux sont tenus d'appliquer d'office. Il n'y a pas lieu cependant d'en faire application en l'espèce, au vu des art. 9 et 49 CCS Tit. fin. qui statuent, l'un que la dissolution du mariage est régie par le CCS à dater dès son entrée en vigueur seulement, et l'autre, que les délais de prescription ou de déchéance prévus par le même Code et qui ont une durée moindre de cinq années ne commencent à courir que dès l'entrée en vigueur du CCS. Il y a lieu ainsi d'examiner si l'instance cantonale a estimé avec raison qu'il y a eu réconciliation entre les époux en décembre 1909.

3. — L'extinction de l'action en divorce par la réconciliation est prévue expressément à l'art. 244 du code civil français (voir LAURENT BAILLY, *Le divorce et la Séparation de corps*, p. 141). Elle existe aussi dans le droit fédéral (CCS art. 138 al. 3) et était également admise auparavant comme résultant, sinon du texte formel de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874, du moins de la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 10, p. 112).

On ne saurait du reste admettre que le seul fait du retrait

d'une action en divorce constitue la preuve d'une réconciliation des époux ; ce retrait peut en effet provenir d'autres circonstances, qui n'impliquent nullement l'existence d'un pardon, ce qui est cependant l'essence même de la réconciliation. Mais en l'espèce il existe un élément important, et qui prouve à satisfaction de droit l'existence d'une réconciliation, c'est la lettre écrite le 4 décembre 1909 au recourant par dame Benedetti, lettre qui contient en particulier le passage suivant : .... « Confiante dans l'avenir et ma bonne volonté, nous avons repris la vie commune et j'espère que cette réconciliation scellée du don de nos personnes sera durable. » .... Dans ces conditions, chacun des époux ne peut plus invoquer contre l'autre partie que des faits postérieurs au 4 décembre 1909, et ce ne serait que si de nouveaux faits sont prouvés que le tribunal serait en droit de prendre en considération les griefs anciens, mais non pour eux-mêmes et uniquement pour apprécier ces nouveaux faits en regard des faits précédents.

4. — La Cour de Justice civile a admis, en ce qui concerne la demande du mari, que les scènes d'injures constatées par le Tribunal de première instance sont toutes antérieures à la réconciliation, et que, pour celle du 2 juin 1910, l'origine et la responsabilité en incombent au mari seul. Cette constatation, bien qu'elle soit basée sur la déposition d'un seul témoin, la jeune Hermance Fol, ne lie pas moins le Tribunal fédéral ; elle n'est d'ailleurs pas en contradiction avec le reste de la procédure, pas même avec la déposition du gendarme Rosset, qui n'a assisté qu'à la fin de la scène. Et quant aux injures, si dame Perrial affirme, selon les dires de sa fille, que celle-ci a entendu dame Benedetti en proférer dans le cours de décembre 1909, ses indications se trouvent contredites par les explications de demoiselle Perrial elle-même, qui indique la date de novembre, soit l'époque qui a précédé immédiatement la première action en divorce et la réconciliation. Il n'y a ainsi pour le Tribunal fédéral aucun motif pour réviser sur ce point l'arrêt de la Cour de Justice, et les faits antérieurs au 3 décembre constatés à la charge de

dame Benedetti, quelque gravité qu'on doive leur reconnaître, ne peuvent être retenus, puisque le demandeur Benedetti les a effacés par son pardon.

5. — En ce qui concerne la demande introduite par dame Benedetti, l'instance cantonale admet, toujours uniquement sur les dires du témoin Hermance Fol, que, le 2 juin 1910, le recourant « a tenu sa femme contre la paroi, portant sa main sur elle comme s'il voulait l'étrangler ». Elle admet aussi, sur le dire d'autres témoins, que, dans d'autres circonstances, il a traité sa femme de « sale gueuse, sale idiote, vieille buse » et la menaçait de « la f... par la fenêtre ». La Cour de Justice a admis que ces faits constituent les « sévices et injures graves » prévus par l'art. 231 C. civ. franç. et par l'art. 138 CCS. Il y a lieu de confirmer la décision de l'instance cantonale, puisque celle-ci affirme d'une manière expresse la parfaite crédibilité du témoin Hermance Fol. — Cette décision concorde tout d'abord avec la jurisprudence des tribunaux français, dont l'interprétation extensive en matière d'injures en particulier, au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le même point à déjà été relevée par ce dernier (voir arrêt du 7 décembre 1910 cité par MEILI et MAMELOK : Op. cit. p. 195). Elle s'accorde également avec la définition établie par le Tribunal fédéral en matière d'injures, celles proférées par Benedetti revêtant le caractère de gravité exigée et découlant de sentiments mauvais, réfléchis et durables, et de nature à rendre la vie commune insupportable.

6. — Il y a lieu ainsi de confirmer l'arrêt de la Cour de Justice et de prononcer le divorce contre le mari seul, bien que les faits retenus contre lui soient moins graves que ceux qu'il avait été en droit de reprocher à dame Benedetti avant la réconciliation du 4 décembre 1909. — L'arrêt cantonal doit également être confirmé en ce qui concerne les mesures prises pour l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre Benedetti et sa fille. La compétence des tribunaux suisses en pareille matière ne résulte au surplus nullement de la Convention de la Haye du 12 juin 1902,

mais uniquement des art. 2, 9 et 32 de la loi fédérale sur les droits civils des Suisses établis ou en séjour du 25 juin 1891 et de l'art. 9 du Tit. fin. du CCS. — En prenant cette décision, le Tribunal fédéral se fonde exclusivement sur l'âge et le sexe de l'enfant et le fait que dame Benedetti a été reconnue apte à lui donner les soins qui lui sont actuellement nécessaires, tandis que le père paraît l'être à un degré moindre. L'article 157 CCS réserve du reste à ce dernier la faculté de provoquer en tout temps une nouvelle décision par les tribunaux, dans le cas où la situation viendrait à se modifier.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté.

### 7. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. Mai 1912 in Sachen Saxer,

Kl. u. Ver.-Kl., gegen Saxer, Vell. u. Ver.-Vell.

*Erw. 1: Intertemporales Recht in Kinderzuteilungsstreitigkeiten.  
Erw. 3 und 4: Art. 157 ZGB. Die blosse Tatsache, dass durch den Wegzug desjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt zugesprochen wurde, die Ausübung des dem andern Teil zustehenden Besuchsrechts erschwert oder verunmöglicht werden kann, genügt nicht zu einer Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs. Ein Vorbehalt ist dagegen für den Fall zu machen, dass der Wegzug des einen Eltern-teils in der unverkennbaren Absicht erfolgt, den andern Teil seines Besuchsrechtes zu berauben.*

A. — Durch Urteil des Amtsgerichts Nidau vom 2. Dezember 1905 wurde die im Jahre 1904 abgeschlossene Ehe der heutigen Litiganten geschieden. Das aus der Ehe hervorgegangene Kind, Ernst Saxer, geb. den 29. August 1905, wurde der Beklagten zur Erziehung und Verpflegung zugesprochen, wogegen der Kläger verpflichtet wurde, bis zum zurückgelegten 18. Altersjahr des Kindes einen Beitrag von 75 Fr. per Halbjahr an die Kosten seines Unterhaltes zu entrichten.

Die Zuteilung des Kindes an die Beklagte wurde im Urteil folgendermaßen begründet:

„Was nun den Anspruch des Kindes anbelangt, so ist dasselbe mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter der Mutter zuzusprechen, da keine Gründe vorliegen, dies nicht zu tun. Die natürliche Mutterliebe wird bei Frau Saxer doch wohl stark genug sein zur richtigen Verpflegung und Auferziehung. Dieser Anspruch erfolgt aber unter der Bedingung, daß Frau Saxer das Kind richtig halte.“

Nach der Scheidung lebte die Beklagte mit dem Kinde zunächst mehrere Jahre bei ihrer Mutter, Frau Zenger-Säuberlin, in Biel, woselbst sie den für sich und das Kind nötigen Unterhalt durch Arbeit zu verdienen suchte. Während dieser Zeit kam es zwischen dem Kläger einerseits und der Beklagten sowie ihrer Familie anderseits öfters zu Meinungsverschiedenheiten wegen der Ausübung des vom Kläger beanspruchten Rechtes, das Kind alle 14 Tage zu sehen. Im Herbst 1910 wanderte die Beklagte, unter Zurücklassung des Kindes bei ihrer Mutter, nach Canton (Ohio) aus, und zwar — aus ihren bei den Asten liegenden, sehr ausführlichen Briefen an ihre Mutter zu schließen — zu dem Zwecke, um dort mehr Geld zu verdienen. In den Monaten Dezember 1910 bis Mai 1911 sandte sie unter acht Malen von ihrem Verdienst als Fabrikarbeiterin Beträge von insgesamt 563 Fr. (wovon 250 Fr. Rück- erstattung des Reisegeldes) an ihre Mutter. In ihren Briefen sprach sie jeweilen in warmen Worten von „ihrem Ernestli“.

B. — Mit der vorliegenden, am 1. März 1911 beim Amtsgericht Nidau eingereichten Klage stellte der Ehemann Saxer, der sich unterdessen mit einer Ida Bucher, Uhrenarbeiterin in Madretsch, wiederverheiratet hatte, das Rechtsbegehren: Es sei in Abänderung des Urteils vom 2. Dezember 1905 der Knabe Ernst ihm, dem Vater, zur weiteren Pflege und Erziehung zuzusprechen.

Die Begründung dieser Klage ist aus der Erwägung 2 hienach ersichtlich.

Während der Pendenz des Prozesses vor I. Instanz (am 16. September 1911) ließ die Beklagte den Knaben Ernst zu sich nach Canton kommen. Beide kantonale Instanzen haben dieses Novum berücksichtigt, die II. Instanz mit folgender Begründung: