

halten war) nicht mehr im Gesetze selber zu finden sind, sondern (nach Art. 39 Abs. 2 ZGB) in die Verordnungs-kompetenz des Bundesrates fallen. Ist aber zur Bestimmung dessen, was überhaupt in die Zivilstandsregister eingetragen werden darf, letztinstanzlich der Bundesrat kompetent, so ergibt sich daraus zwingend, dass der Weg einer Zivilklage über dieselbe Frage ausgeschlossen sein muss, und dass die Weigerung der zuständigen Verwaltungsbehörde, eine Adelspartikel in das Zivilstandsregister eintragen zu lassen, nicht als Namenrechtsbestreitung im Sinne des Art. 29 ZGB gelten kann. Es verhält sich damit ähnlich wie mit andern registerrechtlichen Entscheidungen, z. B. denjenigen über den Eintrag einer Firma im Handelsregister oder einer beim Abschluss eines Liegenschaftskaufs getroffenen Nebenabrede im Grundbuch: wenn die Registerbehörde den betreffenden Eintrag aus registerrechtlichen Gründen verweigert hat, so ist eine Überprüfung ihres Entscheides durch den Zivilrichter, dessen gegenteiliger Entscheid übrigens schwerlich vollstreckbar wäre, ausgeschlossen. Diese Auffassung von der Unzulässigkeit der Zivilklage gegenüber Verfügungen der Registerbehörden steht auch im Einklang mit der konstanten Praxis der deutschen Gerichte auf Grund des dem Art. 29 ZGB entsprechenden § 12 BGB; vgl. darüber z. B. GRÜCHOTS Beiträge 49 S. 828, Entsch. d. Reichsger. in Zivils. 39 S. 302, STAUDINGER, Anm. 5 b zu § 12 cit.; v. TUHR, Bürgerl. Recht I S. 445.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 10. Juli 1914 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

## II. FAMILIENRECHT

### DROIT DE FAMILLE

77. Arrêt de la II<sup>e</sup> section civile du 16 septembre 1914  
dans la cause Borel,  
contre Lydiard et consorts.

CC art. 392 al. 2 et 368. — Loi rapp. dr. civ. art. 4, 9 et 10.  
— Nomination par les autorités suisses d'un *curator ad litem*  
à un mineur résidant en Suisse mais dont le père est domicilié à l'étranger. — Droit applicable en ce qui concerne la puissance paternelle et la tutelle.

A. — Arthur-Gordon Lydiard, colonel anglais en retraite, s'était marié en 1896 à Wiesbaden avec demoiselle Marie Chappuis; ils avaient auparavant passé un contrat de mariage établissant entre eux le régime de la séparation de biens avec communauté d'acquêts et accordant au conjoint survivant l'usufruit de la moitié des biens laissés par le défunt aussi longtemps qu'il ne se remarierait point. Un fils, Arthur Lydiard, est né de cette union. Dame Lydiard est décédée le 11 avril 1901, laissant à son mari la jouissance des intérêts de la moitié de sa fortune, cette jouissance devant prendre fin le jour où celui-ci s'engagerait dans les liens d'un nouveau mariage.

Le colonel Lydiard a habité Genève de 1903 à 1908. Pressé d'argent, il s'est fait ouvrir en janvier 1907 un crédit de 7000 fr. porté ensuite à 13 000 fr. par la Banque populaire genevoise, contre cession des loyers échus ou à échoir d'un immeuble — sis rue du Môle, à Genève — appartenant à son fils et dont il avait annoncé avoir la jouissance intégrale; les sieurs de Westerweller, Rigot et Dumont furent chargés par les deux parties de la régie de cet immeuble. Le 20 novembre 1907, le colonel Ly-

diard était mis en état de faillite et déclaré failli insolvable le 13 janvier 1909.

Le colonel Lydiard s'était remarié le 27 juin 1908 ; il avait précédemment, par acte signé à Lyon le 14 mars de la même année, institué le sieur M. C. Favre tuteur de son enfant en lui déléguant les droits et les pouvoirs découlant de la puissance paternelle. Le 28 octobre suivant, le sieur Favre, agissant en sa qualité de tuteur d'Arthur Lydiard, actionnait de Westerweller et Rigot en reddition de comptes ; cette action fut déclarée irrecevable. Favre intenta alors un nouveau procès, non seulement contre les gérants sus-nommés, mais encore contre la Banque populaire genevoise et le colonel Lydiard, procès dans lequel il se disait agir en vertu d'une délibération du conseil de famille réuni à Nice le 13 octobre 1910. Une nouvelle exception d'irrecevabilité lui fut opposée par de Westerweller et Rigot et la Banque populaire genevoise, le colonel Lydiard s'en étant remis à justice. M. C. Favre est décédé le 8 janvier 1911 et, avec l'assentiment du père, il a été remplacé dans ses fonctions de tuteur d'Arthur Lydiard, selon décision d'un Conseil de famille réuni à Genève le 8 février 1911, par un sieur J. Welti, qui reprit l'instance introduite par son prédécesseur. Enfin, le 20 février 1912, soit sous l'empire du Code civil suisse, la Chambre des tutelles de Genève, après avoir approuvé les comptes du tuteur Welti, a désigné M<sup>e</sup> Eugène Borel, avocat, en qualité de curateur ad hoc du mineur Lydiard pour le représenter dans le litige susmentionné.

B. — Par jugement du 22 octobre 1913, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable la seconde demande formée en 1910 par Favre, ainsi que les reprises d'instance de J. Welti et de M<sup>e</sup> Eug. Borel. Cette autorité judiciaire a exposé que la législation applicable à teneur du droit anglais était la loi du domicile du tuteur légal, c'est-à-dire le Code civil français ; or, Lydiard n'ayant pas été déchu de la puissance paternelle, la dé-

cision du Conseil de famille du 13 octobre 1910 n'était pas valable. Quant à la nomination de Welti, elle était irrégulière, parce que, le mineur étant réputé avoir son domicile chez son père, le Conseil de famille ne pouvait être valablement réuni à Genève. La Chambre des tutelles avait excédé ses pouvoirs en instituant M<sup>e</sup> Borel comme curateur ad hoc.

Sur appel de ce dernier, la Cour de justice civile a, par arrêt du 12 juin 1914, communiqué le 17, admis la validité des nominations de Favre et de Welti, mais a considéré comme non valable la curatelle ad hoc, pour la raison qu'Arthur Lydiard était retombé, dès l'entrée en vigueur du CCS, sous la puissance de son père et qu'en conséquence c'était aux autorités du domicile de ce dernier qu'il appartenait de rechercher si, un conflit d'intérêts étant allégué entre le père et l'enfant, il y avait lieu de désigner à celui-ci un curateur *ad litem*.

C. — C'est contre cet arrêt que M<sup>e</sup> Eug. Borel a en temps utile formé à la fois un recours de droit civil et un recours en réforme au Tribunal fédéral et a conclu dans le premier à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt fédéral.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit:

1. — La question soulevée par le recours est celle de savoir si la désignation par la Chambre des tutelles de M<sup>e</sup> Eugène Borel comme curateur ad hoc du mineur Arthur Lydiard est valable. Les conditions de fait requises pour cette nomination existaient indubitablement en l'espèce, puisqu'il a surgi un conflit d'intérêts entre le mineur et son père, et que l'un est demandeur et l'autre défendeur au procès. Cette question appelant l'application de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, la décision attaquée pouvait donc, à teneur de l'art. 87

OJF, faire l'objet d'un recours de droit civil au Tribunal fédéral.

2. — Il y a lieu de rechercher d'abord si, aux termes de la loi susmentionnée, les autorités de tutelle genevoises avaient qualité pour prendre la décision contestée. D'après l'art. 4 de la loi précitée, le domicile des enfants sous puissance paternelle est au lieu du domicile de la personne qui l'exerce, et le domicile d'une personne sous tutelle se trouve au siège de l'autorité tutélaire. La tutelle elle-même est en outre, à teneur de l'art. 10 de la même loi, régie par la législation du domicile de la personne mise ou à mettre sous tutelle, et cette situation ne peut être modifiée que si l'autorité tutélaire saisie a permis un changement dans le domicile de l'individu placé sous tutelle, auquel cas le droit et l'obligation d'exercer la tutelle passent à l'autorité du nouveau domicile.

La question de savoir si un changement de domicile a été permis par l'autorité tutélaire a toujours été considérée par le Tribunal fédéral comme une question de fait à résoudre suivant les circonstances de la cause. En l'espèce, le domicile du mineur Arthur Lydiard était, avant l'institution d'une tutelle spéciale en 1910, incontestablement au domicile de son père, mais la décision du 13 octobre 1910 par laquelle le Conseil de famille, faisant en vertu du droit français office d'autorité tutélaire, a régulièrement désigné comme tuteur le sieur Favre domicilié à Genève, a eu pour conséquence de transporter le for tutélaire de Nice à Genève; et ce transfert a été confirmé par la décision du Conseil de famille qui, réuni à Genève le 8 février 1911, a désigné le sieur Welti comme tuteur en lieu et place du sieur Favre décédé. Ainsi que l'a reconnu la Cour de justice civile dans l'arrêt attaqué, le for de la tutelle était donc incontestablement Genève au 1<sup>er</sup> janvier 1912, date de l'entrée en vigueur du CCS.

3. — Mais là Cour de justice civile a reconnu qu'à cette date, la tutelle Welti a pris fin *ipso jure*, l'article 368 CC prévoyant l'établissement d'une tutelle uniquement pour les mineurs qui ne sont pas soumis à la puissance paternelle. Elle en tire la conséquence que, le colonel Lydiard n'ayant pas été déchu de la puissance paternelle, la décision qui lui a enlevé la tutelle de son fils ne peut plus déployer actuellement ses effets en Suisse. Le mineur se trouvant donc aujourd'hui sous la puissance paternelle du colonel Lydiard, ce ne seraient pas les autorités de tutelle suisses qui ont à procéder, en cas de conflit d'intérêts entre le père et le fils à la nomination d'un curateur *ad litem*, mais bien les autorités françaises aux termes de l'art. 389 Code civil français modifié.

Cette manière de voir ne saurait cependant être admise. L'article 368 CC ne permet, à la vérité, la nomination d'un tuteur que pour les mineurs qui ne sont pas sous puissance paternelle; mais cette disposition légale n'entraîne pas nécessairement l'application du droit suisse pour ce qui a trait à l'exercice de la puissance paternelle. Cette question reste, en effet, soumise au droit du domicile du père en vertu de l'art. 9 de la LF sur les rapports de droit civil, parce qu'il ne s'agit pas ici d'une question du droit de tutelle, mais de la délimitation de la puissance paternelle; elle est donc régie en l'espèce par le droit français, de sorte que la manière selon laquelle la puissance paternelle est exercée sur le mineur Lydiard en regard des décisions du Conseil de famille n'a pas été modifiée par l'entrée en vigueur du CCS; cela étant, le mineur peut parfaitement être considéré comme n'étant pas soumis à la puissance paternelle du colonel Lydiard pour ceux de ses droits et intérêts au sujet desquels une tutelle avait été organisée en Suisse, et la conséquence à tirer de cette constatation est que les autorités de tutelle de Genève étaient par-

faitement compétentes pour instituer une curatelle ad hoc à teneur de l'art. 392 du CC, ainsi qu'elles l'ont fait par leur décision du 20 février 1912.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué annulé ; en conséquence l'exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs est déclarée mal fondée.

**78. Sentenza 30 settembre 1914 della II<sup>a</sup> sezione civile  
nella causa Deflippis contro Deflippis.**

Separazione dei coniugi per adulterio del marito. La conoscenza e il silenzio da parte dell'altro coniuge non implicano per sé stessi consentimento o perdono. Art. 137, al. 3. CC. Per l'applicazione dell'al. 3 dell'art. 146 è necessario che la domanda di divorzio, presentata riconvenzionalmente, abbia fondamento giuridico. Prevalenza della madre su terzi nella questione d'affidamento della prole.

A. — I coniugi D. passarono a nozze il 24 ottobre 1898. Il marito era allora in età di 22 anni, la moglie di 23. Dal matrimonio nacque nel 1899 una bambina, Elsa, affidata durante la causa alla custodia della madre. Ambedue i coniugi appartengono a famiglia agiata e conducono vita oziosa. La moglie di carattere chiuso, molle ed apatico non si alza, come del resto anche il marito, che verso le 11 e lascia che la suocera soprintenda all'economia domestica. Già dal 1904 il marito vive in rapporto di concubinato, dapprima con certa P., ora, dal 1908 in poi, con una ex-cameriera R., dalla quale ha figli e colla quale passa regolarmente le notti e si mostra in pubblico. La moglie a cui son noti questi rapporti, non trovò mai l'energia necessaria per reagire. Già da alcuni anni i coniugi abitano in un appartamento atti-

guo alla suocera, colla quale prendevano anche i pasti in comune. La suocera tentò indarno di ricondurre il figlio a miglior genere di vita; colla nuora viveva in buoni rapporti, finchè, bisticciatasi seco lei per un'inezia e trattata di impostora, le mostrò la porta dell'appartamento. La nuora intendeva allora, nel 1911, l'azione di divorzio, appoggiandosi ad adulterio ed a grave offesa all'onore. Questa domanda veniva poi modificata, dopo l'entrata in vigore del nuovo CC, nel senso che venisse pronunciata la separazione dei coniugi a tempo indeterminato, che la figlia Elsa fosse affidata alla madre, che il marito avesse a corrispondere a titolo di sussistenza per la moglie e per la figlia fr. 600 mensili e che fossero concessi alla moglie i suoi beni dotali e parafernali. Rispondendo il convenuto conchiudeva riconvenzionalmente a che fosse pronunciato il divorzio per scossa profonda ai vincoli matrimoniali e che la figlia fosse affidata alla nonna, la quale, intervenuta in causa, si associava a tale domanda. Il convenuto si offriva di provvedere alle spese di mantenimento e di educazione della figlia, ma si rifiutava a qualsiasi pensione in favore della moglie. Egli ammetteva bensì di vivere in adulterio, ma contestava all'attrice il diritto di invocare questo titolo, perchè implicitamente consenziente. La domanda riconvenzionale di divorzio veniva da lui fondata sul contegno freddo ed apatico della moglie che si era, secondo lui, manifestato in modo caratteristico nel rifiuto della moglie, durante una sua malattia nel 1908, di porgergli un bicchiere d'acqua. Oltre a ciò avere la moglie trascurato anche l'economia domestica e risposto con completa apatia a tutti i suoi tentativi di ravvicinamento.

La prima istanza cantonale ammetteva la domanda di divorzio per scossa profonda ed irreparabile ai legami matrimoniali prodottasi principalmente per colpa del marito ed affidava la figlia Elsa alle cure della nonna, le spese di educazione a carico del marito, al quale veniva fatto obbligo di corrispondere alla moglie un sussidio