

ohne weiteres als Begründung eines selbständigen Wohnsitzes der Ehefrau zu gelten. Vielmehr behält die Ehefrau, auch wenn sie befugterweise getrennt vom Manne lebt, den ehelichen Wohnsitz, solange sie nicht nach den gewöhnlichen Vorschriften einen neuen Wohnsitz für sich erwirbt. Hier liegt nun nichts dafür vor, dass sich die Klägerin in Zürich selbständig eingerichtet, d. h. den Mittelpunkt ihres Lebens dorthin verlegt hätte. Der frühere Arzt in Luzern wies sie an einen Arzt in Zürich zu weiterer Behandlung. Es handelte sich also um blossen Aufenthalt, wenn auch auf längere Dauer, zu besonderem Zweck. Das war auch der Sinn der Zustimmung des Beklagten und der Ausstellung eines Interimsausweises durch die Behörde des ehelichen Wohnsitzes. Dieser blieb also für die Klägerin bestehen. Freilich fasste sie, sei es vor oder nach dem Wegzug nach Zürich, den Entschluss zur Scheidungsklage. Der Gerichtsstand befand sich jedoch nach dem Gesagten nach wie vor am ehelichen Wohnsitz. Die Absicht, an einem andern Ort als dem wirklichen Wohnsitz zu klagen, zielt auf eine Umgehung des gesetzlichen Gerichtsstandes ab. Sie vermag die Voraussetzungen der Wohnsitzbegründung nicht zu ersetzen (BGE 64 II 399/400).

Das führt zur Gutheissung der Gerichtsstandseinrede. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin trotz der « auf den Bezirk der Ehe beschränkten » Schizophrenie fähig gewesen wäre, eine durch den Ehekonflikt bedingte Entschliessung wie die Aufgabe des ehelichen Wohnsitzes und die Begründung eines selbständigen neuen zu treffen. Ebenso wenig braucht die Zulässigkeit der Scheidungsklage als solcher (BGE 68 II 144) geprüft zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Gerichtsstandsentscheid des Obergerichtes des Standes Zürich vom 19. Juli 1943 aufgehoben und die Unzuständigkeitseinrede geschützt.

**45. Arrêt de la IIe section civile du 23 septembre 1943
dans la cause Faigaux contre Dame Faigaux.**

Notion de domicile au sens de l'art. 23 CC.

Des absences momentanées n'excluent pas l'existence d'un domicile ; ni le fait que l'intéressé aurait limité d'avance la durée de son installation.

Fors possibles de l'action en divorce pour le conjoint suisse qui habite l'étranger et pour celui qui ayant quitté son domicile à l'étranger, n'en a pas acquis un nouveau en Suisse ; art. 59 ch. 7 lettre g. Tit. fin. CC ; 24 al. 2 et 144 CC.

Begriff des Wohnsitzes nach Art. 23 ZGB. « Dauerndes Verbleiben » : es kann eine zum voraus begrenzte Dauer sein. Der Wohnsitz geht auch nicht verloren durch vorübergehende Abwesenheit. *Gerichtsstand für die Scheidungsklage* des im Auslande wohnenden schweizerischen Ehegatten und desjenigen, der den ausländischen Wohnsitz aufgegeben und keinen neuen in der Schweiz begründet hat. Art. 7, g NAG (Art. 59 ZGB Schlusstitel) ; Art. 24 Abs. 2 und Art. 144 ZGB.

Nozione del domicilio a'sensi dell'art. 23 CC.

Assenze momentanee non escludono un domicilio ; lo stesso dicasi se l'interessato ha limitato in anticipo la durata della sua dimora.

Fors possibili dell'azione di divorzio pel coniuge svizzero che abita all'estero o che, abbandonato il suo domicilio estero, non ne ha costituito uno nuovo in Svizzera ; art. 59, cifra 7 g, Titolo finale del CC ; art. 24 cp. 2 e 144 CC.

A. — Henri Faigaux est arrivé en Suisse en 1939 pour y remplir ses devoirs militaires. Il venait de Paris où il était domicilié. Depuis lors il a été constamment mobilisé. Le 10 février 1941, il a déposé ses papiers à La Chaux-de-Fonds où habite son frère. Il y a pris part à des votations et payé des impôts. Ayant été également imposé à Berne, il a recouru à la Commission de recours bernoise qui a admis qu'il était domicilié à La Chaux-de-Fonds. Durant ses congés militaires, il venait en visite chez son frère. Il y arrivait avec une valise qu'il remportait à son départ. Il n'a jamais loué d'appartement ni de chambre à La Chaux-de-Fonds.

Le 8 juin 1942, il a saisi le Tribunal de La Chaux-de-Fonds d'une demande en divorce. Sous chiffre 20 de la demande, il alléguait qu'il repartirait pour Paris dès que les circonstances le permettraient et « probablement dans quelques semaines ou quelques mois ».

Trois jours après, Faigaux a retiré ses papiers du bureau communal de La Chaux-de-Fonds, en annonçant son départ pour Berne où depuis lors il a un appartement.

B. — Dame Faigaux née Aerni, qui habite Berne, a soulevé le déclinatoire, en contestant que le demandeur fût domicilié à La Chaux-de-Fonds.

C. — Par jugement du 14 avril 1943, le Tribunal de La Chaux-de-Fonds s'est déclaré incompétent pour connaître de l'action. Ce jugement est motivé en résumé de la manière suivante : La notion de domicile est formée de deux éléments : un élément objectif, la résidence de fait ; l'autre, subjectif, l'intention de s'établir, manifestée par des actes concluants. S'agissant d'un homme constamment mobilisé, il ne faut pas se montrer trop exigeant en ce qui concerne la résidence. Mais la preuve de l'intention qu'aurait eue le demandeur de s'établir à La Chaux-de-Fonds n'est pas rapportée à satisfaction de droit. Le fait qu'une personne possède un domicile fiscal ou électoral dans un certain endroit ne prouve pas encore qu'elle y soit domiciliée au sens de la loi civile. Rien ne démontre que Faigaux a eu l'intention de se créer un tel domicile à La Chaux-de-Fonds. Cette ville n'est pas le centre de ses affaires. Il n'y a même pas passé tous ses congés, par crainte de déranger son frère. S'il avait eu l'intention de s'y fixer, il n'aurait pas manqué de s'y trouver une chambre, tandis qu'il se comportait comme un simple passant. Au surplus il ne laisse pas lui-même de déclarer dans sa demande qu'il n'avait pas l'intention de se fixer à La Chaux-de-Fonds, mais comptait retourner à Paris dans quelques semaines. Or ce n'est pas à Paris qu'il entendait aller au moment du dépôt de la demande, mais à Berne où il s'est peu après constitué un véritable domicile. Il n'est pas possible que le 8 juin il ait eu le dessein de demeurer à La Chaux-de-Fonds quand trois jours plus tard, il a entrepris des démarches en vue de son installation à Berne. Quant à savoir s'il était déjà domicilié à Berne au moment de l'ouverture de l'action, ou si même il

était domicilié en Suisse, c'est une question que le Tribunal n'a pas à trancher.

D. — Faigaux a recouru au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit civil, en concluant à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral annuler le jugement du Tribunal de La Chaux-de-Fonds et dire et prononcer que ce tribunal est compétent pour connaître de son action. Il soutient que ce n'est que durant ses congés qu'il pouvait manifester son intention de se créer un domicile à La Chaux-de-Fonds, et aussi bien c'est ce qu'il a fait, en y payant ses impôts, en y déposant ses papiers, en y exerçant ses droits civiques et en y entrant en relations avec son frère et des amis qui y demeurent. Il reconnaît que chacun de ces actes pris isolément ne suffirait pas à constituer la preuve d'un domicile, mais prétend qu'il résulte de leur ensemble que toute sa vie civile était concentrée en cette ville, et se réfère à ce sujet à l'arrêt RO 53 I 279.

Le recourant convient, d'autre part, qu'il n'a pas eu l'intention de s'installer à La Chaux-de-Fonds de façon définitive, mais il n'a pas davantage l'intention de s'établir définitivement à Berne. Son intention a toujours été et est encore de retourner à Paris dès que les circonstances le permettront. L'intention délibérée de quitter son domicile au bout d'un certain temps n'exclut pas, en principe, la création d'un domicile. Si La Chaux-de-Fonds n'est pas son domicile, il appartiendra alors au Tribunal fédéral de dire où se trouvait ce domicile entre le 1^{er} septembre 1939 et le 13 juin 1942, date à laquelle il a retiré ses papiers de La Chaux-de-Fonds.

E. — Dame Faigaux a conclu à l'irrecevabilité et subsidiairement au rejet du recours. Les conclusions en irrecevabilité sont fondées sur l'art. 15 de la loi neuchâtoise du 7 avril 1925, portant modification de l'organisation judiciaire, d'où il résulterait, à son avis, que le jugement du Tribunal de La Chaux-de-Fonds aurait pu être déféré au Tribunal cantonal.

Considérant en droit :

2. — Aux termes de l'art. 23 CC, le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. Le mot résidence ne doit évidemment pas être pris à la lettre ; l'on peut parfaitement être domicilié en un certain lieu, sans avoir besoin pour cela de s'y trouver continuellement. Une absence motivée par un voyage ou par un service militaire, par exemple, n'est pas incompatible avec l'existence d'un domicile. Ainsi, le fait que le recourant n'a jamais fait que de brefs séjours à La Chaux-de-Fonds ne serait pas un motif suffisant pour lui dénier un domicile en cette ville. Ce que les circonstances ne permettent pas d'admettre, en revanche, c'est qu'il ait jamais eu à La Chaux-de-Fonds le centre de ses relations. Avoir le centre de ses relations en un certain lieu, c'est à tout le moins y avoir fait choix d'un endroit ou l'on soit assuré de vous atteindre, ne serait-ce que par lettre. Or le recourant n'a rien fait qui pût s'interpréter comme impliquant un tel choix. Il ne possédait ni appartement ni chambre en propre et se contentait, quand il se rendait à La Chaux-de-Fonds, d'aller loger chez son frère. Il allègue, il est vrai, qu'il y a payé ses impôts et exercé ses droits civiques, mais cela ne suffit pas, ainsi qu'on l'a jugé à maintes reprises, pour constituer un domicile au sens de la loi civile. C'est également en vain qu'il invoque la décision rendue par le fisc bernois. La seule question qui se posait alors était, en effet, celle de savoir si le recourant, qui avait habité à Berne avant d'aller à Paris, avait ou non conservé son domicile à Berne, malgré son départ. L'autorité bernoise l'a tranchée par la négative, et si elle a jugé qu'il avait depuis lors transféré son domicile à La Chaux-de-Fonds, c'est à titre tout à fait subsidiaire et sans examiner à fond cette dernière question qui était d'ailleurs sans intérêt en l'occurrence.

Quant à l'arrêt RO 53 I 279, il est sans pertinence en

l'espèce, pour cette raison déjà qu'il ne traite pas de la question du domicile au sens de l'art. 23 CC, mais uniquement de celle du lieu où l'intéressé était légitimé à exercer ses droits civiques. Au reste, dans la mesure même où il touche à la question du domicile civil, l'arrêt interprète cette notion dans un sens tout voisin de celui qui a été donné ci-dessus, puisqu'il la définit comme le fait d'habiter en certain lieu avec l'intention d'instituer avec son entourage des rapports qui ne soient pas simplement occasionnels (« Wohnen in der Absicht der Begründung von Verbindungen von einer bestimmten Intensivität »), ce qui suppose avant tout le choix d'une demeure.

3. — On ne peut donc que souscrire à l'opinion du Tribunal de première instance quand il dénie l'existence d'un domicile à La Chaux-de-Fonds, et il n'est pas nécessaire de se demander si le fait que le recourant avait l'intention de retourner en France ou d'aller prendre domicile à Berne pouvait également justifier cette décision. On ne saurait en tout cas, sur ce point, se ranger à la manière de voir des premiers juges. En effet, en exigeant de l'intéressé « l'intention de s'établir » — ou, selon le texte allemand, « l'intention de demeurer en un certain lieu d'une façon durable » —, le législateur a entendu dire tout simplement que des rapports purement occasionnels ou momentanés ne suffisent pas pour créer un domicile. Mais le fait que l'intéressé aurait limité d'avance la durée de son installation ne serait pas un obstacle à l'élection d'un domicile. Rien n'aurait empêché, par exemple, le recourant de se domicilier à La Chaux-de-Fonds pour le temps de son service militaire ou jusqu'à son départ pour Berne.

4. — Le Tribunal fédéral n'a pas à rechercher présentement où le recourant était domicilié au moment où il a ouvert action. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur les conclusions subsidiaires du recours. On ne pourrait d'ailleurs pas le faire en l'état, le dossier ne fournissant pas de renseignements suffisants pour savoir si le recourant

n'a pas conservé son domicile à Paris (art. 24 CC). S'il y était encore domicilié, il lui serait loisible de porter son action devant le juge de son lieu d'origine, en vertu de l'art. 59 ch. 7 lettre g Tit. fin. CC. Supposé, en revanche, qu'il n'y fût plus domicilié et ne se fût pas créé un domicile en Suisse, le juge du lieu de sa résidence serait alors compétent (art. 144 et 24 al. 2 CC).

**46. Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. November 1943
i. S. Rudolphi gegen Secchi.**

Vaterschaftsklage. Einrede des Mehrverkehrs.

Nur wo die Vaterschaft des Beklagten so unvergleichlich viel wahrscheinlicher ist als die des Dritten, dass diese letztere praktisch ausser Betracht fällt, vermag der nachgewiesene Drittverkehr die *exceptio nicht* zu begründen.

In casu: Schwangerschaftsdauer bei Zeugung durch den Dritten 284 Tage, bei Zeugung durch den Beklagten 264-274 Tage: erstere ist für vollreifes Kind noch ebenso normal wie letztere; daher Einrede begründet. (Art. 314 Abs. 2 ZGB).

Action en recherche de paternité. Exceptio plurium.

C'est dans le cas seulement où la probabilité de la paternité du défendeur l'emporte sur celle de la paternité du tiers au point d'exclure pratiquement cette dernière, que les rapports prouvés avec le tiers ne permettent pas d'élever l'exception.

Dans l'espèce, durée de la grossesse en cas de paternité du tiers, 284 jours, en cas de paternité du défendeur, 264 à 274 jours; la première paternité étant aussi normale que la seconde, s'agissant d'un nouveau-né complètement développé, l'exception est fondée.

Azione di paternità, exceptio plurium.

Solo nel caso, in cui la paternità del convenuto appare così probabile rispetto a quella del terzo da escludere praticamente quest'ultima, i rapporti provati col terzo non permettono di sollevare l'eccezione.

Nel fattispecie: durata della gravidanza in caso di paternità del terzo 284 giorni; in caso di paternità del convenuto, 264-274 giorni; la prima paternità essendo tanto normale quanto la seconda, poichè si tratta di un infante completamente sviluppato, l'*exceptio plurium* è fondata.

A. — Mit Urteil vom 10. Juni 1943 hat das Bezirksgericht Oberlandquart die Vaterschaftsklage der Lea Secchi und ihres am 17. Januar 1942 ausserehelich geborenen Kindes gegen C. Rudolphi gutgeheissen und diesen zur Leistung einer Entschädigung an die Mutter im

Betrage von Fr. 350.— sowie monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 45.— bis zum vollendeten 18. Altersjahre des Kindes verpflichtet.

Der Beklagte hat zugegeben, in der kritischen Zeit (23. März — 21. Juli 1941) mit der Klägerin geschlechtlich verkehrt zu haben. Die Vorinstanz stellt, der Darstellung der Klägerin folgend, fest, dass dies zweimal der Fall war, nämlich ein Mal in der Zeit zwischen dem 17. und dem 27. April und ein zweites Mal am 28. April 1941. Im Rahmen der vom Beklagten erhobenen Einreden aus Art. 314 Abs. 2 und 315 ZGB stellt das Bezirksgericht weiter fest, dass die Klägerin am 8. April 1941 mit einem Dritten namens Spälti Geschlechtsverkehr gehabt hat. Es erklärt den Verkehr mit den beiden Männern mit Rücksicht auf das freundschaftliche Verhältnis der Klägerin zu Spälti und das Misslingen des Beweises für die behaupteten weiteren Beziehungen als nicht so schwerwiegend, dass ihr Lebenswandel als unzüchtig zu bezeichnen wäre. Was die Würdigung des festgestellten Drittverkehrs unter dem Gesichtspunkt der *exceptio plurium* (Art. 314 Abs. 2) anbetrifft, führt die Vorinstanz aus, nach der Rechtsprechung vermöge die Tatsache, dass ein Dritter in der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt habe, nicht ohne weiteres erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten zu begründen. Innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit fielen nicht alle Zeitpunkte mit der gleichen Wahrscheinlichkeit als Konzeptionsdaten in concreto in Betracht. Es sei daher festzustellen, welcher Geschlechtsverkehr mit der grössern Wahrscheinlichkeit zur Schwängerung geführt habe. Der Verkehr mit dem Beklagten habe zwischen dem 274. und dem 264. bzw. am 264. Tage, derjenige mit Spälti am 284. Tage vor der Geburt stattgefunden. Da über den Reifegrad des Kindes bei der Geburt keine Feststellung vorliege, müsse mit einer normalen Tragzeit gerechnet werden, die nach Dr. P. Hüsey 275 Tage post coitum betrage. Dies führe zum Schlusse, dass eine Zeugung zwischen dem 264.