

rechthigende Zerrüttungsgründe anführt, entprochen werden muß. Was die letztere Bestimmung des deutschen Rechts betrifft, könnte es sich zunächst allerdings fragen, ob das Bundesgericht überhaupt kompetent sei, deren Auslegung und Anwendung nachzuprüfen. Dabei wäre zu untersuchen, welche Bedeutung den Normen der internationalen Übereinkunft betreffend Ehescheidungsrecht, welche als vom Bunde abgeschlossener Staatsvertrag zweifellos den internen Akten der Bundesgesetzgebung gleichzuhalten ist und somit, zufolge ihres zivilrechtlichen Inhalts, in ihrer Anwendung der Kognition des Bundesgerichts als Berufungsinstanz untersteht (vergl. die bundesrätliche Botschaft zum geltenden DG: BBl 1892 2 S. 335/336), hinsichtlich ihrer Verweisung auf das ausländische Recht zukommt. Insbesondere wäre zu prüfen, ob durch den in Rede stehenden Art. 2 der Übereinkunft die organisationsgesetzliche Kompetenzbeschränkung des Berufungsrichters auf die Nachprüfung der Anwendung des Bundesrechts (Art. 57 DG) in dem Sinne erweitert worden ist, daß hier auch die Nachprüfung des neben dem schweizerischen anzuwendenden ausländischen Rechts als Bestandteil der Nachprüfung der Anwendung jenes Artikels der Übereinkunft als solchen in seine Kompetenz fällt. Doch mag diese Frage vorliegend ausdrücklich dahingestellt bleiben, da der Entscheid des kantonalen Richters im fraglichen Punkte, wie ausgeführt, als offenbar zutreffend erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen und damit das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. September 1906 in allen Teilen bestätigt.

2. Arrêt du 27 mars 1907,

*dans la cause D.-D., dem., déf. et rec., contre D.-D.,
dem., déf. et rec.*

Divorce. — Relations des art. 45 et 47 Loi féd. sur l'état-civil et le mariage. — La loi fédérale sur l'état civil et le mariage ne s'oppose pas à ce que, dans le cours de l'instruction de deux demandes en divorce unilatérales, basées sur l'art. 47, les parties s'unissent pour demander le divorce en vertu de l'art. 45. — **Art. 4 de la Convention de la Haye, du 12 juin 1902.** Son principe n'est pas adopté par le législateur fédéral dans la loi de 1874.

A. — Michel D.-D., né à Saint-Petersbourg le 3 janvier 1862, a épousé à Odessa, le 12 mai 1887, Cornélie T., née à Constantinople le 5 janvier 1866. Michel D. était sujet russe; Cornélie T. était d'origine grecque.

De cette union sont issus 2 enfants :

Dimitri et Serge, nés tous deux à Berlin, le premier, le 23 mai 1891, le second, le 21 février 1895.

Les époux D. ont vécu jusqu'en 1903 à Berlin où le mari a occupé les fonctions d'électricien en chef de la Société générale d'électricité.

Des dissentiments se sont manifestés entre époux, dus à la différence de leurs caractères et de leurs opinions. Michel D. est libre-penseur, tandis que sa femme est catholique orthodoxe pratiquante. En matière politique il professe des opinions avancées que sa femme ne partage pas. Le désaccord entre époux sur ces sujets a donné lieu à des difficultés et à des discussions spécialement à propos de l'éducation des enfants.

Les époux D. diffèrent également d'idées en ce qui concerne les questions d'intérêt auxquelles le mari attache peu d'importance, tandis que la femme les voit d'assez près. A diverses reprises dame D. s'est opposée à des libéralités de son mari envers des tiers qu'elle estimait excessives.

Elle s'est entre autre opposée à ce que son mari continue à secourir la seconde femme de son père.

Dame D. a un caractère ombrageux et jaloux; un jour elle a fouillé les poches de son mari. Celui-ci, atteint de nervosité par suite d'excès de travail, supportait mal soit l'expression par dame D. d'idées contraires aux siennes, soit les reproches ou la jalousie de sa femme. De fréquentes scènes se sont produites entre époux; au cours de l'une d'elles la demanderesse a traité son mari d'« hypocrite ».

Pendant les dernières années passées à Berlin la demanderesse se refusait le plus souvent à entretenir des rapports intimes avec son mari. Durant les derniers mois qui ont précédé le départ de Berlin, ces rapports ont complètement cessé.

En juin 1903, Michel D. et sa famille quittèrent Berlin et vinrent s'établir à Lausanne où ils ont résidé depuis lors.

En septembre 1903, les époux se sont réconciliés; mais les effets de cette réconciliation n'ont duré que jusqu'en septembre 1904. Dès cette date les dissentiments qui s'étaient produits à Berlin, ont recommencé à se manifester et cela plus fréquemment qu'auparavant, le demandeur ayant plus de temps à consacrer à sa famille. Il s'est tenu le plus possible à l'écart de sa femme, s'enfermant même dans sa chambre et défendant à sa femme d'y pénétrer. Il lui est arrivé de partir en voyage sans en prévenir la demanderesse et sans lui laisser son adresse. Depuis février ou mars 1904 les époux D. ont cessé tous rapports conjugaux. En septembre 1904 le demandeur a déclaré à sa femme qu'il renonçait à vivre avec elle afin que les enfants n'eussent pas à souffrir davantage des scènes de discorde dont ils étaient les témoins. Depuis ce moment, le demandeur n'a plus vécu avec sa femme; il n'est revenu chez elle qu'à de rares intervalles et seulement pour traiter avec elle des questions d'intérêts. En été 1905, le neveu de la demanderesse a fait de son chef auprès de son oncle une tentative de réconciliation. Ses démarches ont complètement échoué et le demandeur lui a déclaré que la vie avec dame D. n'était plus possible.

Par décret du 22 novembre 1905, le demandeur a obtenu pour lui, sa femme et ses enfants la naturalisation suisse et vaudoise; il a acquis la bourgeoisie de Lausanne et a été asserrmenté comme citoyen vaudois le 6 février 1906.

B. — Par exploit du 25 mai 1906, dame D. a cité son mari en conciliation devant le Juge de paix de Lausanne. Michel D. a cité sa femme en conciliation devant le même magistrat, par exploit du 29 mai 1906. Ensuite de ces 2 citations il y a eu une seule et même audience de conciliation, qui a eu lieu le 1^{er} juin 1906. La tentative de conciliation n'ayant pas abouti, dame D. a, suivant demande du 11 juin 1906, conclu à ce qu'il soit prononcé contre son mari :

1° que les liens du mariage qui les unissent sont rompus par le divorce pour les causes mentionnées à l'art. 47 et subsidiairement à l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage;

2° que les 2 enfants issus du mariage sont confiés à leur mère pour leur entretien et leur éducation.

De son côté, suivant demande du 20 juin 1906, Michel D. a conclu à ce qu'il soit prononcé contre sa femme, que les liens du mariage qui les unissent sont rompus par le divorce prononcé en vertu de l'art. 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage et subsidiairement de l'art. 45 de la même loi, s'en remettant pour le surplus à justice.

Ces deux demandes en divorce sont basées sur les faits résumés ci-dessus.

C. — A l'audience au fond devant le Tribunal du district de Lausanne, les parties ont toutes deux fait consigner au procès-verbal qu'elles renonçaient à l'application de l'art. 47 de la loi fédérale et qu'elles concluaient au divorce en vertu et en application du seul art. 45 de la dite loi.

Par jugement du 7 février 1907, le Tribunal du district de Lausanne a écarté les conclusions des deux parties, pour les motifs suivants :

Pour que l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le

mariage puisse être appliqué, il faut que dès le début du procès les parties aient agi en commun, de telle sorte qu'il n'y ait pas de partie défenderesse, pas de conclusions propres à chacun des époux, pas de moyens de fait et de droit opposés les uns aux autres. Or, en l'espèce, chacun des époux a pris des conclusions contre l'autre et a, jusqu'à l'audience au fond, cherché à faire prononcer le divorce en sa faveur et aux torts de l'autre. La volonté et l'action des époux D. s'étant dès le début manifestées comme particulières et discordantes, leur procédure ne saurait aboutir à un résultat commun directement opposé à celui recherché par l'une et l'autre; dès lors l'art. 45 est sans application possible en la cause.

D'autre part, usant du droit qu'elles avaient de renoncer jusqu'à la clôture des débats à réclamer l'application de telle ou telle disposition légale, les parties ont expressément renoncé à invoquer l'art. 47. Il en résulte que le tribunal se trouve dans l'impossibilité de prononcer le divorce.

D'ailleurs, indépendamment de ces raisons de forme, le divorce ne se justifie pas en l'espèce. Antérieurement au 6 février 1906, date de leur naturalisation, les époux D. étaient sujets russes. Or, à teneur de l'art. 4 de la Convention de la Haye du 12 juin 1902, des époux devenus Suisses depuis leur mariage ne peuvent invoquer comme motifs de divorce des faits antérieurs à la naturalisation que si ces faits constituaient des motifs de divorce d'après la législation étrangère. Il est vrai que la Russie n'a pas signé cette convention, mais la disposition de l'art. 4 doit être appliquée par analogie à des ressortissants de pays non signataires devenus Suisses et plaidant en divorce en Suisse. Les époux D. n'ont pas prouvé que les faits invoqués par eux soient admis comme motifs de divorce par la loi russe. Il y a lieu, par conséquent, de faire abstraction de tous les faits antérieurs à la naturalisation. Et dès le 6 février 1906 il ne s'est passé aucun fait de nature à justifier le divorce.

En outre les faits antérieurs à 1903 sont en tous cas couverts par la réconciliation.

Enfin, il y a un intérêt public à ce que la naturalisation ne soit pas demandée dans le but de faire rompre une union indissoluble. Or, en l'espèce, la hâte que les parties ont mise à ouvrir leur action en divorce serait de nature à faire croire que l'intérêt des enfants, le souci allégué de leur avenir, n'ont pas été la principale préoccupation des parents lorsqu'ils ont formulé leur requête en naturalisation.

D. — C'est contre ce jugement que les parties ont toutes deux, en temps utile, déclaré recourir au Tribunal fédéral, concluant à ce que le divorce soit prononcé en vertu de l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.

Elles ont produit, à l'appui de leur recours, une consultation de M. le Professeur E. Roguin, sur la question de savoir si le Tribunal du district de Lausanne était fondé à écarter les faits antérieurs à la naturalisation obtenue en Suisse. Cette consultation conclut, par une série de motifs, de la façon suivante :

Le jugement rendu par le Tribunal de Lausanne le 7 février 1907 doit être réformé en tant qu'il a rejeté la double demande de divorce par le motif que des faits antérieurs à la naturalisation des conjoints D. ne sauraient valablement être invoqués par eux.

Dans leurs plaidoiries de ce jour, les représentants des parties ont repris les conclusions de leurs recours; ils ont exposé que l'art. 45 était applicable en l'espèce, les deux époux étant demandeurs et ayant déclaré baser leur demande de divorce uniquement sur le dit art. 45. Pour le surplus ils se sont référés aux moyens développés dans la consultation produite.

Ils ont déclaré que les époux sont d'accord pour que les enfants soient confiés à leur mère.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Les époux D. ont conclu au divorce par deux demandes séparées et en invoquant l'un et l'autre l'art. 47 et subsidiairement l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage. Avant la clôture des débats ils ont cependant déclaré renoncer à l'application de l'art. 47 et fonder leur

demande sur le seul art. 45. Le Tribunal du district de Lausanne a jugé que, à raison de la procédure suivie par les parties, l'art. 45 ne pouvait être appliqué en l'espèce. On pourrait se demander s'il s'agit là d'une décision basée sur des motifs de procédure cantonale et que le Tribunal fédéral serait par conséquent incompétent pour revoir. Mais, outre que l'instance cantonale n'a invoqué à l'appui de cette décision aucun article de loi de procédure cantonale, les motifs par lesquels elle la justifie montrent bien qu'elle a entendu faire application du droit fédéral : si le Tribunal du district de Lausanne a refusé de prononcer le divorce en vertu de l'art. 45, ce n'est pas parce que telle ou telle disposition de procédure cantonale aurait été violée par les parties, mais uniquement parce que, dans l'opinion du tribunal, les réquisits fixés par la loi fédérale elle-même pour l'application de l'art. 45 ne se trouveraient pas réunis en l'espèce. Il s'agit donc en résumé de l'interprétation donnée par le Tribunal du district de Lausanne à l'art. 45, interprétation que le Tribunal fédéral est compétent pour contrôler.

Or il est vrai qu'au début de la procédure les deux époux n'étaient pas demandeurs en divorce au sens de l'art. 45 de la loi puisqu'ils avaient introduit deux demandes, basées, en fait, sur des torts réciproques et, en droit, en première ligne, sur l'art. 47 de la loi; l'invoque subsidiaire de l'art. 45 était, dans ces conditions, sans portée. Mais la situation juridique a changé au cours de la procédure, les parties ayant renoncé à se prévaloir de l'art. 47 et invoquant uniquement l'art. 45 de la loi, en se basant sur les faits avancés de part et d'autre non plus comme griefs réciproques mais comme moyens de démontrer que la vie conjugale était devenue intolérable. Cette façon de procéder n'est pas en contradiction avec la loi fédérale. L'art. 45 ne s'oppose pas à ce que, dans le cours de l'instruction de deux demandes en divorce unilatérales, basées sur l'art. 47, les parties s'unissent pour demander le divorce en vertu de l'art. 45, pourvu qu'elles n'entendent plus discuter les questions de faute et qu'il y ait identité de conclusions et communauté de motifs. Cette situa-

tion se trouvait réalisée en l'espèce en suite de la déclaration que les parties ont faite à l'audience au fond devant le Tribunal du district de Lausanne. Il est vrai que les conclusions différaient dans ce sens que la femme demandait que les enfants lui fussent confiés, tandis que le mari s'en remettait sur ce point à justice. Mais puisque l'art. 5 de la loi vaudoise du 31 août 1875 dispose qu'au cas où le divorce est prononcé en vertu de l'art. 47 « le Tribunal statue sur le sort des enfants en les confiant à l'un des époux ou en les répartissant entre eux selon qu'il le juge convenable pour leur plus grand avantage », à bien plus forte raison doit-on reconnaître que dans le cas de l'art. 45 la répartition des enfants ne dépend pas de la volonté des parents, de sorte que la demande y relative de la femme n'est au fond pas une conclusion, mais une proposition qui a la même valeur que la déclaration du mari qu'il s'en remet à justice.

2. — Le second moyen de réforme invoqué par les recourants a trait à l'application erronée de l'art. 4 de la Convention de la Haye qui a conduit l'instance cantonale à éliminer tous les faits antérieurs à la naturalisation des époux D. Sur ce point il y a lieu de remarquer ce qui suit, en conformité avec la consultation produite par les parties.

L'art. 4 de la Convention de la Haye du 12 juin 1902 dispose: « La loi nationale ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un des deux étaient d'une autre nationalité le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps. » Le but de cette disposition a été principalement d'empêcher l'un des époux de contraindre l'autre à subir un divorce non autorisé par la précédente loi nationale commune ou par la précédente loi nationale de l'un des deux. On a voulu empêcher que dans un pays où la naturalisation du mari entraîne *ipso iure* la naturalisation de la femme le mari pût obtenir le divorce à raison de causes qui ne lui auraient pas permis de l'obtenir d'après la précédente loi nationale.

Il ne peut être question de faire application directe de cette disposition à la cause. En effet, avant leur naturalisa-

tion les époux D. étaient sujets russes ; or, la Russie n'a pas adhéré à la Convention de la Haye, et l'art. 9 de la dite convention statue : « La présente convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps formées dans l'un des Etats contractants, si l'un des plaideurs au moins est ressortissant d'un de ces Etats. » D'après ce principe, l'art. 4 de la Convention ne serait applicable que dans le cas où les époux ou du moins l'un deux auraient été avant la naturalisation en Suisse ressortissant d'un autre des Etats contractants (voir le Message du Conseil fédéral du 18 novembre 1904 : « L'article 56 de la loi sur l'état civil demeure pleinement en vigueur pour les étrangers ressortissants d'Etats non contractants », FF 1904, 6, p. 458).

Il ne peut pas davantage être question d'appliquer le dit article par analogie, comme a cru pouvoir le faire l'instance cantonale. Il est bien évident qu'il n'y a aucun argument par analogie à tirer de la Convention de la Haye pour l'interprétation de la loi fédérale de 1874, antérieure de près de 30 ans à cet acte.

La seule question à examiner est donc celle de savoir si peut-être le législateur fédéral de 1874 a accueilli dans la loi le principe consacré plus tard dans la Convention de la Haye. Cette question doit être résolue négativement pour les motifs développés très complètement dans la consultation de Monsieur le Professeur Roguin et qui peuvent se résumer comme suit :

Le Tribunal fédéral a toujours reconnu que le divorce demandé en Suisse devait être prononcé d'après la loi suisse (voir par exemple arrêt Schill, du 3 mai 1900, RO 26 I, p. 209), alors même que l'époux demandeur a été seul naturalisé suisse et que la loi nationale de l'autre époux interdit le divorce (arrêt Tschank, 5 juin 1901, RO 27 I, p. 180 ; voir dans le même sens v. Salis : Ehescheidungs- und Ehe-nichtigkeitssachen ausländischer Ehegatten in der Schweiz, p. 15 et suiv.). Il a repoussé l'exception opposée à l'application de la loi suisse et tirée du fait que la naturalisation aurait été demandée par la partie instante au divorce pour

pouvoir obtenir un divorce interdit par la précédente loi nationale (14 octobre 1882 ; RO 8, p. 824 et suiv.). Il y a lieu d'ailleurs d'observer qu'en l'espèce il n'y a aucune raison de croire que la naturalisation des époux D. ait été demandée dans un but intéressé, comme semble l'insinuer le jugement dont est recours. Et jamais le Tribunal fédéral n'a relevé, pour refuser le divorce, que les faits s'étaient passés sous l'empire de la précédente loi nationale. Si donc il suffit que l'un des époux soit suisse pour qu'il ait droit au divorce en application exclusive de la législation suisse, à bien plus forte raison ne saurait-on exiger l'observation des restrictions, quant aux causes de divorce, d'une précédente loi étrangère, alors que les deux conjoints ont été naturalisés par leur commune volonté et après un stage de deux ans de domicile effectif. (Voir aussi arrêt du 4 novembre 1903, Gourieff c. Gourieff, où il s'agissait d'époux russes naturalisés suisses et où le Tribunal fédéral a implicitement reconnu que les tribunaux suisses doivent tenir compte de causes de divorce antérieures à la naturalisation.)

3. — A supposer même que, contrairement à ce qui vient d'être dit, le principe de l'art. 4 de la Convention de la Haye fût applicable dans les cas où il s'agit de causes de divorce prévues aux art. 46 et 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, c'est avec raison que la consultation produite par les recourants affirme qu'il serait néanmoins inapplicable dans tous les cas où l'art. 45 de la même loi est invoqué.

En effet, la cause de divorce prévue à cet article ne réside pas dans des *faits* particuliers, mais bien dans un *état* général qui fait apparaître la vie commune comme incompatible avec la nature du mariage. Les faits invoqués par les parties ont uniquement la valeur d'indices de cet état général et permanent. Dès lors peu importe que la date à laquelle les faits se sont produits soit antérieure ou postérieure à la naturalisation, pourvu que le juge puisse en déduire l'existence et la persistance de la véritable cause de divorce, c'est-à-dire d'une profonde altération de l'harmonie conjugale. Des termes de l'art. 45 il résulte qu'il s'agit d'apprécier

si au moment du jugement il existe un état de désaccord tel qu'il n'y ait plus de raison pour laisser subsister le mariage. Il ne s'agit pas d'examiner si, dans le passé, l'un des époux a fourni à l'autre des motifs pour demander le divorce, mais bien si d'après la situation réciproque actuelle le lien conjugal ne doit pas être rompu pour l'avenir, dans l'intérêt des parties et dans un intérêt social. Dans des cas semblables, l'art. 4 de la Convention de la Haye est inapplicable.

4. — Il reste donc à rechercher, à la lumière de tous les faits de la cause quelle que soit leur date, s'il existe entre les époux Dolivo une désunion assez complète pour que le divorce puisse être prononcé en vertu de l'art. 45. Les constatations de fait de l'instance cantonale permettent de répondre affirmativement à cette question.

5. — Dans leurs recours les époux Dolivo n'ont formulé aucune conclusion relativement à l'attribution des enfants. Aux débats de ce jour les parties ont déclaré qu'elles sont d'accord pour qu'ils soient confiés à la mère. Il y a lieu pour le Tribunal fédéral de ratifier l'entente intervenue sur ce point entre les parties, cela d'autant plus que, depuis la séparation de fait des époux Dolivo en 1904, les enfants sont toujours demeurés avec la mère.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

I. Les recours formés par Michel D. et Cornélie D. née T. sont admis ; le jugement rendu par le Tribunal du district de Lausanne le 7 février 1907 est réformé et le divorce est prononcé entre parties en vertu de l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874.

II. Les enfants, Dimitri et Serge, sont confiés à leur mère pour leur entretien et leur éducation.

**II. Haftpflicht der Eisenbahnen usw.
bei Tötungen und Verletzungen. — Verantwortlichkeit
des Entreprises de chemins de fer, etc.
en cas d'accident entraînant mort d'homme
ou lésions corporelles.**

3. Urteil vom 24. Januar 1907

in Sachen **Süßer**, Kl. u. Hauptber.=Kl., gegen **Birsigtalbahn**,
Bekl., Hauptber.=Bekl. u. Anschl.=Ber.=Kl.

EHG vom 28. März 1905 ; zeitliche Anwendbarkeit. — Leichtes Verschulden des Verunfallten ; kein Verschulden der Bahn. — Einfluss des Verschuldens des Verunfallten auf den Haftpflichtanspruch : Konkurrenz mit den Betriebsgefahren. Art. 1 Abs. 1 ; Art. 5, Art. 7 EHG.

A. Durch Urteil vom 26. November 1906 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt :

Es wird das erstinstanzliche Urteil im Dispositiv bestätigt.

Das Urteil der ersten Instanz, des Zivilgerichtes Baselstadt, vom 6. Oktober 1906, lautet :

1. Die Beklagte wird zur Bezahlung von 1250 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 15. November 1905 an den Kläger verurteilt.

2. Es wird die Abänderung des Urteils zu Gunsten des Klägers und der Beklagten gemäß Art. 10 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vorbehalten.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen :

1. Es sei die Beklagte zur Zahlung von 2500 Fr. an Kläger plus 5 % Zins seit 15. November 1905 zu verurteilen, ferner zu einer in das Ermessen des Gerichtes gesetzten Entschädigung wegen Entstellung, alles nach Art. 1 und 3 BG betr. EHG.

2. Es sei Beklagte zur Zahlung einer Geldsumme von 2000 Fr. nach Art. 8 EHG an Kläger, eventuell zu einer in das Ermessen des Gerichtes gesetzten Summe zu verurteilen.