

## 74. Arrêt du 11 décembre 1907,

*dans la cause O., dem. et rec., contre O., déf. et int.*

**Divorce.** — Art. 46 litt. d, loi féd. sur l'état civil, etc., **abandon malicieux.** Conditions.

Adolphe O., originaire de Ruderswyl, alors âgé de 21  $\frac{1}{2}$  ans, et Lina G., alors âgée de 23 ans, de Lauperswyl, ont été unis par le mariage à Biglen (Berne) le 12 janvier 1901. De cette union sont issues deux filles, Hulda, née le 5 avril 1901, et Olga, née le 17 décembre 1902.

Suivant les constatations de l'instance cantonale, le ménage O. n'a jamais été heureux; O. n'avait pas beaucoup d'affection pour sa fiancée et s'il l'a épousée c'est parce qu'elle se trouvait enceinte de ses œuvres. Lina G. qui, dès sa sortie de l'école, a été ouvrière de fabrique, était mal préparée pour prendre la direction d'un ménage. Le mari gagnait peu et la femme a dû continuer à travailler à l'atelier pour contribuer à l'entretien de la famille.

Déjà dans le courant de l'année 1903, les parties formèrent le projet de dissoudre leur mariage. Ils se présentèrent à cet effet chez un notaire à Biglen, mais ensuite de conseils de celui-ci les époux O. ont renoncé au divorce et ont décidé, suivant convention du 28 décembre 1903, intitulée « *Verpflichtung* » et signée par eux, de se séparer de corps. Cet acte, rédigé en langue allemande, contient les clauses suivantes :

Les époux O. sont convenus de dissoudre la famille; la mère se charge de l'entretien et de l'éducation des deux enfants; en revanche, le mari O. lui paiera, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1904, une pension alimentaire de 200 fr., payable en rates mensuels de 20 fr. en été et de 10 à 15 francs en hiver, jusqu'à ce que les dits enfants aient accompli leur dix-septième année. Il sera loisible en tout temps au mari O. de placer les enfants dans une pension convenable, auquel cas il supportera  $\frac{2}{3}$  et sa femme  $\frac{1}{3}$  des frais.

Les époux O. réalisèrent tout leur actif par la voie d'une mise volontaire. Dès ce moment O. a été occupé par divers patrons dans la Suisse romande, et sa femme a continué à travailler, pour autant que sa santé le lui a permis, comme ouvrière de fabrique à Langnau.

Le 13 janvier 1906, O. a mis en demeure sa femme, par exploit approuvé par le président du Tribunal à Grosshöchstetten, de le rejoindre et de remplir ses devoirs conjugaux; O. ajoutait que s'il n'est pas donné suite à cette mise en demeure dans le délai de six mois, l'instant demandera le divorce pour abandon malicieux.

Par demande des 15/16 novembre 1906, O. introduisit, devant le Tribunal civil de Boudry (Neuchâtel), une demande en divorce contre sa femme, demande concluant à ce qu'il plaise au dit tribunal :

1. Prononcer la dissolution par le divorce des liens matrimoniaux unissant les époux O.-G. et dire que le divorce est prononcé aux torts de la femme et en faveur du mari;

2. Attribuer au mari, pour leur garde, entretien et éducation les deux enfants issus du mariage.

Dans sa demande, sieur O. formule les griefs ci-après :

Dame O. ne s'occupait point de son ménage et était souvent absente; elle se refusa à rejoindre son mari, malgré de nombreuses lettres et mises en demeure, dans ses nouveaux domiciles, à Lützelflüh d'abord, puis à Saint-Blaise, et enfin à Colombier et à Boudry, où il fut appelé successivement par son travail. Elle n'a pas davantage donné suite à la sommation, soit mise en demeure, du 13 janvier 1906. Le lien conjugal est ainsi rompu par la faute de la femme et le divorce doit être prononcé en application de l'art. 46, lettre d, et, très subsidiairement, de l'art. 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.

Dame O., après s'être d'abord opposée au divorce, conclut ensuite également, de son côté, à ce qu'il soit prononcé en conformité des art. 46, lettre a, et 47 de la loi précitée; elle a demandé, pour le cas où le divorce serait prononcé : a) qu'il le soit en faveur de la défenderesse et contre le de-

mandeur ; b) que les deux enfants soient adjugés à la mère pour leur garde, entretien et leur éducation, à l'exclusion du père ; c) condamner le demandeur à payer à la défenderesse la somme de 15 fr. par enfant et par mois jusqu'à ce que chacun d'eux ait atteint l'âge de dix-huit ans révolus ; d) dire que cette somme sera payée par trimestre et d'avance.

A l'appui de ces conclusions, la défenderesse faisait valoir, dans sa réponse, en substance les considérations suivantes :

L'atteinte portée au lien conjugal ne saurait être imputée à dame O. ; son mari lui avait promis qu'après le mariage elle ne devrait plus retourner à la fabrique ; mais, au mépris de sa promesse, il exigea qu'elle se rendit tous les jours à une fabrique éloignée, ce qu'elle fit. O., d'un caractère brusque et emporté, n'avait aucun ménagement pour sa femme, qui a toujours été d'une santé très délicate. Le défendeur n'a jamais entretenu convenablement son ménage ; le mobilier, plus tard, fut vendu contre la volonté de la défenderesse. Celle-ci s'est aperçue aussi que son mari recevait des lettres d'une demoiselle M. B., commençant par ces mots : « Mon cher Adolphe ». Après la vente du mobilier, dame O. dut retourner chez ses parents avec la plus jeune de ses filles, tandis que le demandeur partait pour le canton de Neuchâtel après avoir placé la fille aînée dans une famille de la Suisse allemande, où elle fut très mal soignée. En été 1905, la défenderesse tomba gravement malade et dut subir un long traitement à l'hôpital de l'Isle à Berne ; pendant cette maladie, O. ne fit aucune démarche pour voir sa femme, s'occuper d'elle et de la plus jeune des enfants, en sorte que la direction de l'assistance publique de Biglen se vit dans l'obligation de le sommer d'entretenir son enfant. Lorsque O. lui fit signifier la mise en demeure du 13 janvier 1906, la défenderesse était encore gravement malade et il lui était impossible d'aller le rejoindre à Boudry ; elle lui répondit aussitôt qu'elle désirait avoir un entretien avec lui à Berne, mais, depuis lors, O. n'a plus donné de ses nouvelles jusqu'à la notification de sa demande en divorce. Malgré les torts du mari, et pour le bien des enfants, dame O. a toujours été disposée

à reprendre la vie commune dès que son état de santé lui permettrait un déplacement et que son mari serait en état de la recevoir. Mais depuis le mois d'octobre 1906 ce dernier vit en concubinage à Boudry avec une fille de la Suisse allemande.

Par jugement du 29 juillet 1907, déposé le 4 octobre suivant, le Tribunal cantonal de Neuchâtel, en se fondant sur l'art. 45 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, a prononcé le divorce entre les époux O.-G., a adjugé à la mère les deux enfants pour leur entretien et leur éducation et a condamné le demandeur à payer à sa femme, mensuellement et d'avance, pour sa part à l'entretien des dits enfants, la somme de 15 francs par mois et par enfant, jusqu'à ce que chacun d'eux ait atteint l'âge de dix-huit ans.

Ce jugement se base, en résumé, sur les motifs ci-après :

L'art. 46 litt. d de la loi fédérale susvisée est inapplicable ; dame O. n'a point abandonné malicieusement le domicile conjugal, attendu qu'il résulte de la convention passée entre les époux qu'ils se sont volontairement séparés de corps. O. n'avait dès lors pas le droit de sommer, comme il l'a fait, la défenderesse de le rejoindre à Boudry.

D'autre part l'adultère du mari n'est pas démontré, pas plus que les injures dont, au dire de sa femme, il se serait rendu coupable vis-à-vis de celle-ci. Si, dès lors, il n'existe en l'espèce aucune cause déterminée de divorce, il est en revanche certain que la continuation de la vie commune entre parties est incompatible avec la nature du mariage ; les époux n'ont, en fait, plus vécu ensemble depuis 1904. La situation malheureuse de ce jeune ménage est due, non à des fautes commises par l'une ou l'autre des parties, mais aux conditions anormales dans lesquelles cette union a existé (jeunesse des époux, gain insuffisant, obligation de la femme de travailler en fabrique), de sorte que la dissolution de celle-ci s'impose au vu de l'art. 45 de la loi fédérale. L'attribution des enfants doit être décidée en s'inspirant, aux termes de l'art. 188 du CC neuchâtelois, du plus grand avantage de ceux-ci. Or le père ne pourrait pas s'en occuper et son métier l'oblige à

changer fréquemment de résidence. Le jugement ajoute que déjà la convention conclue entre parties, le 28 décembre 1903, confiait en première ligne la garde et l'éducation des enfants à la mère, mieux qualifiée à cet égard que le demandeur.

Sous date du 24 octobre 1907, le conseil du demandeur a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral contre ce jugement et conclure à ce qu'il lui plaise :

En tout état de cause :

1. Réformer le dit jugement.

Principalement :

2. Prononcer le divorce entre les époux, aux torts de la femme et en faveur du mari ;

3. Attribuer au mari pour leur garde, entretien et éducation les deux enfants issus du mariage.

Subsidiairement :

4. Ordonner que le dossier soit complété par l'audition en témoignage des autorités administratives communales de Biglen et de Langnau.

En ce qui concerne la conclusion relative au divorce, le conseil du demandeur s'en tient à la cause déterminée prévue à l'art. 46 litt. *d* de la loi (abandon malicieux), il estime que le tribunal cantonal a apprécié erronément la convention du 28 décembre 1903 et qu'il n'a pas tenu compte des dépositions faites en procédure par le notaire Holdemann à Biglen. Le recourant affirme en outre que la séparation des époux n'a eu lieu que parce qu'ils ne pouvaient continuer la vie conjugale dans les mauvaises conditions financières dans lesquelles ils se trouvaient alors ; qu'ayant retrouvé une situation qui lui a permis de payer la pension de ses enfants, non pas chez sa femme auprès de qui ils ne restèrent pas, malgré la convention de 1903, O. était en droit de demander que la situation se dénouât juridiquement et d'adresser à dame O. la signification prévue à l'art. 46 litt. *d* de la loi fédérale, aux fins de lui faire réintégrer le domicile conjugal ; il avait d'autant plus ce droit que sa femme avait déjà précédemment refusé de le rejoindre et qu'une séparation illimitée de per-

sonnes mariées est contraire à l'ordre public. Dès le moment où O. offrait une demeure convenable à son épouse et était assuré d'un gain suffisant, le refus, d'ailleurs non motivé, de la défenderesse de le rejoindre constitue un abandon malicieux. Dans ces conditions, le divorce aurait dû être prononcé aux termes de l'art. 46 litt. *d* précité et ce aux torts de la femme et en faveur du mari.

En même temps que la déclaration de recours, le conseil d'O. a déposé des motifs écrits, ainsi qu'un document devant servir de preuve ; ces deux productions étaient toutefois interdites, en présence de la disposition de l'art. 80 de la loi d'OJF.

Le document dont il s'agit ne saurait dès lors être pris en considération.

Le conseil de la défenderesse, à l'audience de ce jour, a conclu au maintien du jugement ; il a également produit à titre de preuve un document dont il doit être fait aussi abstraction, par le motif sus-indiqué.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — (Délai ; formalités.)

2. — Au fond, il y a lieu de rechercher d'abord si la cause déterminée de divorce, prévue à l'art. 46 lettre *d* de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage existe dans l'espèce. Cette cause de divorce suppose que l'époux défendeur ait abandonné malicieusement son conjoint demandeur et, en outre, que cet abandon dure depuis deux ans et qu'une sommation judiciaire fixant un délai de six mois pour le retour soit restée sans effet.

3. — Or, en premier lieu, l'on ne saurait aucunement assimiler à un abandon malicieux la séparation qui a eu lieu entre les époux à partir de décembre 1904 ; en effet celle-ci était le résultat d'une convention expresse entre les dites parties. L'on peut dès lors seulement se demander si, malgré l'entente intervenue à cet égard, le demandeur ne s'est pas trouvé plus tard en droit de réclamer la reprise de la vie commune. Cette question doit recevoir une solution affirmative ; la convention de décembre 1903 a été conclue en effet

sous l'influence de la situation économique plus que gênée des époux O., lesquels se trouvaient dans l'impossibilité de subvenir à leur entretien au lieu de leur domicile ; c'est par ce motif qu'ils durent, en conséquence, rompre le ménage commun et « dissoudre la famille », suivant l'expression employée dans la convention susvisée, mais cette circonstance ne pouvait pas priver à tout jamais les deux époux du droit de réclamer plus tard la reprise de la vie commune ; une convention entraînant une semblable déchéance n'eût pas lié les parties, attendu qu'elle eût dû être considérée comme constituant une clause immorale, incompatible avec la nature et le but du mariage. L'effet de la convention conclue par les prédits époux ne pouvait donc pas être de conférer à la femme le droit de s'opposer d'une manière absolue pour l'avenir à une réunion avec son mari, mais seulement de se refuser à reprendre la vie commune, sans pour cela se rendre coupable d'un abandon *malicieux*, aussi longtemps que la situation sous l'empire de laquelle la convention avait été signée ne se serait pas modifiée, c'est-à-dire aussi longtemps que le mari ne serait pas en mesure de supporter les frais du ménage commun.

4. — Or le demandeur n'a pas établi, en procédure, à partir de quelle époque il se serait trouvé dans une situation économique qui lui eût permis d'exiger de sa femme la reprise de la communauté conjugale. Sous chiffres 5 et 6 de sa demande, O. se borne à affirmer qu'il « fut alors (sans spécifier quand) appelé par son travail à Lützelflüh, puis à Saint-Blaise et enfin à Colombier et Boudry, où il se trouve actuellement, et que sa femme se refuse à l'y rejoindre, malgré de nombreuses lettres et mises en demeure. »

L'époque à laquelle ces faits doivent s'être passés ne résulte pas davantage des dépositions des parents du demandeur sur ce point, et il n'est pas possible dès lors de savoir si et quand le demandeur a amélioré sa position financière d'une manière suffisante pour être autorisé à exiger, malgré les clauses de la convention de 1903, que sa femme vienne le rejoindre. La seule affirmation de la part du demandeur

qu'il aurait sommé en vain sa femme de le rejoindre ne suffit point à démontrer l'existence d'un abandon malicieux à la charge de celle-ci, mais, pour rapporter cette preuve, il eût fallu encore que sieur O. eût établi qu'il se trouvait dans une situation meilleure, aux termes de la convention dont il s'agit ; or il ne l'a point fait. Il n'est dès lors nullement prouvé que le refus de dame O. de rejoindre son mari ait eu lieu à une époque où ce refus eût pu être considéré comme injustifié et comme équivalant à un abandon *malicieux*.

5. — Il suit déjà de là que l'existence de la première des conditions posées à l'art. 46, lettre *d*, l'abandon malicieux, n'est point démontrée ; il s'ensuit également que la seconde condition posée par le même article, savoir la durée de cet abandon pendant deux ans, n'est pas davantage établie ; il est, comme il a déjà été dit, impossible de juger, dans les circonstances susrappelées, si le refus de dame O. de rejoindre son mari peut être assimilé, pendant un laps de deux ans, à l'abandon malicieux.

6. — Dans cette situation, le recourant ne peut tirer argument à son profit du fait qu'il a adressé à sa femme, conformément à la troisième condition posée par l'art. 46 lettre *d*, une sommation judiciaire fixant un délai de six mois pour le retour, sommation qui est restée sans effet. Une semblable sommation ne peut, à elle seule, constituer la cause déterminée de divorce pour abandon malicieux. Il y a lieu dès lors d'admettre que cette cause déterminée n'existe pas dans l'espèce et il se justifie de repousser, par ce motif, la conclusion principale du recours, bien que l'on doive faire des réserves sur l'opinion, exprimée dans le jugement attaqué, que la convention de 1903 devait avoir pour conséquence d'empêcher d'une manière absolue le demandeur de réclamer la reprise de la vie commune.

7. — La cause déterminée de divorce sur laquelle O. a fondé sa demande devant être repoussée, il en résulte que le jugement cantonal doit être confirmé dans son dispositif, lequel se borne à prononcer le divorce sans retenir de faute subjective à la charge de l'une ou de l'autre des parties.

Quoique l'application de l'art. 45 par la cour cantonale puisse paraître douteuse en présence de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral en cette matière (voir RO 28 II p. 449), cette considération n'est pas de nature à justifier une modification quelconque au dispositif du jugement cantonal; le demandeur, en effet, n'a pas conclu, devant l'instance de céans, au divorce en vertu de l'art. 47 de la loi fédérale, mais il s'est borné à invoquer l'art. 46 lettre *d* ibidem.

8. — Aucune des parties n'apparaissant comme la seule coupable ou comme la plus coupable, il n'échet point de déferer à la conclusion du demandeur tendant à ce que le divorce soit prononcé aux torts de la défenderesse; dans cette situation il n'y a pas lieu non plus d'entrer en matière sur la conclusion d'O. relative à l'adjudication des enfants par la cour cantonale. Cette adjudication a eu lieu exclusivement en application du droit cantonal et il ne peut être formulé, au point de vue du droit fédéral, aucune critique fondée relativement à la manière dont le tribunal cantonal a appliqué le droit neuchâtelois à cet égard, dans l'intérêt unique des enfants. (Comp. RO 24 II p. 303 et suiv., Eheleute Trefzger; ibid. 32 II p. 1 et suiv., Studer contre Studer; arrêt du 7 novembre 1907, Eheleute Küster, consid. 2 in fine.)

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est rejeté comme non fondé et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 29 juillet/4 octobre 1907, est maintenu.

**III. 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.**

75. **Urteil vom 5. Dezember 1907 in Sachen**

**Rubin, Kl. u. Ber.-Kl., gegen**

**Einwohnergemeinde Schaffhausen, Befl. u. Ber.-Befl.**

*Verschulden der Bahn? Art. 8 EHG von 1905. — Verschulden der Eltern eines getöteten 1 $\frac{3}{4}$  Jahre alten Kindes, darin bestehend, dass sie dieses ohne Aufsicht auf der Strasse lassen. Verschulden Dritter schliesst die Haftpflicht der Bahn nur aus, wenn es als alleinige Ursache des Unfalls in dem Sinn erscheint, dass es den Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Unfall ausschliesst.*

A. Durch Urteil vom 6. September 1907 hat das Obergericht Schaffhausen über die Streitfrage:

Ist die Beklagte gerichtlich anzuhalten, an den Kläger aus Eisenbahnhaftpflicht die Summe von 2000 Fr. samt Zins zu 5% vom Tage der Klageführung an zu bezahlen? —

in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Schaffhausen vom 22. April 1907 —

erkannt:

Der Kläger ist mit seiner Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung ans Bundesgericht erklärt mit den Anträgen:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger seinem Klagebegehren gemäß die Summe von 2000 Fr., eventuell eine nach richterlichem Ermessen festzusetzende Summe samt Zins zu 5% vom Tage der Klageanhebung an (17. August 1907) zu bezahlen.

2. Eventuell sei die Sache zur Weiterinstruktion an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.