

präsident von Biel in der Klage (vergl. oben sub A am Schlusse) ausdrücklich als „Schiedsrichter erster Instanz“ bezeichnet worden war, was doch die Existenz eines „Schiedsrichter zweiter Instanz“ voraussetzte.

2. Qualifiziert sich demnach der angefochtene Entscheid des Appellations- und Kassationshofes, ebenso wie derjenige des Gerichtspräsidenten von Biel, als ein Schiedsspruch, so ist eine Berufung an das Bundesgericht nach dem eingangs erwähnten Grundsatz im vorliegenden Falle ausgeschlossen.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß sich die Parteien im Kompromiß die „Appellation an die zuständigen obern Instanzen“ vorbehalten hatten, worin vielleicht die Absicht lag, sich auch die Möglichkeit einer Anrufung des Bundesgerichts zu sichern. Als staatlicher Gerichtshof kann das Bundesgericht, wie bereits ausgeführt wurde, die Berufung nicht an die Hand nehmen; als dritte schiedsrichterliche Instanz kann das Bundesgericht aber deshalb nicht urteilen, weil es überhaupt (vergl. US 18 S. 504, 20 S. 864) als solches zur Ausübung schiedsrichterlicher Funktionen ebensowenig berechtigt wie verpflichtet ist und weil insbesondere das OG keine den §§ 373 und 379 der bernischen Zivilprozessordnung analogen Bestimmungen enthält, ganz abgesehen davon, daß speziell im vorliegenden Falle die Bestimmungen des Kompromisses über Entbindung der Parteien von den Grundsätzen der Eventualmarime, über Zustellungen, Ladungen und Eröffnungen, über Ausfertigung von Protokollauszügen durch die Parteien, namentlich aber über die Möglichkeit, „weitere Vereinfachungen des Verfahrens im Laufe desselben formlos zu konvenieren“, für das Verfahren vor Bundesgericht nicht passen würden; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

100. Arrêt du 12 novembre 1908 dans la cause Fama, déf., dem. rec. et rec., c. Fama, dem., déf. rec. et int.

Recours en réforme; recevabilité. Recours contre un jugement en matière de divorce et prononçant, d'une part, le divorce, mais renvoyant l'affaire, en ce qui concerne les effets du divorce, à la première instance cantonale. Violation de l'art. 49 art. 2 loi féd. sur le mariage. — **Suspension du recours en réforme.**

Vu le jugement rendu par le Tribunal cantonal valaisan, siégeant comme Cour civile, le 9 juillet 1908, lequel prononce :

« 1. Le mariage contracté le 25 février 1886 par devant
» l'officier de l'état civil du X^e arrondissement de Paris
» entre Adolphe-Sigismond-Dionigi Fama, né à Saxon le
» 3 avril 1850 et Miriame-Gabrielle-Lia Dreyfus, née à Paris
» le 10 décembre 1864, est dissous par le divorce.

» 2. La demoiselle Andrée Fama est confiée à la garde
» du père.

» 3. M. Adolphe Fama paiera les frais d'entretien complet
» de dame Fama, jusqu'au moment où, la question des in-
» térêts civils étant liquidée, elle aura repris possession de
» son patrimoine, sur la base des mesures provisionnelles
» prises pendant le procès par le Juge instructeur selon ju-
» gement du 1^{er} février 1907. Il paiera de plus le montant
» de fr. 300 par an jusqu'à la même époque pour la garde-
» robe de dame Fama et autres accessoires.

» La cause est renvoyée en première instance pour in-
» struction et jugement sur les effets du divorce concernant
» les biens des époux, en tant qu'il n'en a pas été statué
» par le présent jugement.

» 4. (Frais judiciaires.)

» 5. Toutes les autres conclusions des parties sont écar-
» tées. »

Vu le recours en réforme interjeté auprès du Tribunal fédéral en date du 12 septembre 1908, par dame Fama, contre ce jugement du 9 juillet 1908, en même temps que contre les trois jugements incidentels qui l'ont précédé, des

1^{er} février, 20 mars et 5 juillet 1907, recours concluant à ce qu'il plût au Tribunal fédéral :

« 1. en la forme, dire et statuer que le colonel Fama est
 » tenu de plaider cumulativement sur la demande en divorce
 » et sur les intérêts civils, c'est-à-dire « quant aux biens », de
 » la dame Fama, et spécialement sur la liquidation de la
 » communauté et la restitution de la dot de fr. 100,000 par
 » elle apportée, et ce conformément au prescrit de l'art. 49,
 » al. 2 loi féd. Etat civil et mar., manifestement violé par
 » ces dispositions,

» en conséquence, déclarer M. Fama irrecevable en sa de-
 » mande en divorce aussi longtemps que la demande recon-
 » ventionnelle de la dame Fama quant à ses biens ne sera
 » pas en état d'être jugée, la loi fédérale exigeant que les deux
 » questions soient liquidées cumulativement et par un seul
 » et même jugement;

» 2. au fond, et pour le cas où, par impossible, la demande
 » en divorce serait dès maintenant déclarée recevable :

» dire et statuer qu'aux termes et dans l'esprit de la loi
 » fédérale, art. 46e, il ne suffit pas d'une démence ni même
 » d'une incurabilité constatée, mais qu'il faut indispensable-
 » ment que la démence incurable ait précédé de trois ans
 » la demande judiciaire;

» dire que la preuve n'en est pas fournie en l'espèce ;
 » qu'au surplus il y aurait lieu à enquête sur les faits et
 » gestes du mari et leur influence sur l'état de santé de sa
 » malheureuse femme ;

» en conséquence, débouter le colonel Fama de sa demande
 » en divorce ;

» 3. très subsidiairement, et quant au chiffre de la pension
 » jusqu'à meilleure fortune de la dame Fama :

» dire qu'elle sera portée à fr. 10 par jour au lieu de fr. 7. »
 Vu le dossier de la cause ;

Attendu qu'il y a lieu, d'office, en application des art. 71
 al. 1 et 2 et 79 al. 1 OJF, d'examiner préalablement toutes
 questions touchant la recevabilité du recours ;

Attendu que la première conclusion du recours, elle, ne
 vise pas une question que le jugement du 9 juillet 1908 ait

tranchée au fond, c'est-à-dire matériellement, mais tend, au
 contraire, — sans doute en une forme quelque peu singu-
 lière, — à ce qu'il soit reconnu, d'abord, que le demandeur
 doit être, dans l'action même intentée par lui à fin de divorce,
 tenu de procéder sur les conclusions prises par la recourante,
 comme défenderesse, ou comme demanderesse reconvention-
 nelle, relativement aux effets ultérieurs du divorce quant aux
 biens, et puis, et par voie de conséquence, que les tribunaux
 sont, à leur tour, tenus de prononcer, en même temps que
 sur la demande même du divorce, sur les questions acces-
 soires, d'ordre économique, faisant l'objet de ces conclusions
 de la recourante comme défenderesse ou demanderesse re-
 conventionnelle, — ce conformément à l'art. 49 al. 2 de la loi
 fédérale sur l'état civil et le mariage ;

qu'effectivement la prescription impérative du dit art. 49
 al. 2 n'a, par rapport aux conséquences accessoires du di-
 vorce en ce qui concerne les biens des époux, pas été ob-
 servée de la part des instances cantonales ;

que c'est à tort que, pour tenter de justifier leur manière
 de voir ou de procéder, les instances cantonales invoquent
 l'arrêt du Tribunal fédéral, du 22 septembre 1904, en la cause
 Siegfried, RO 30 I, n° 86, consid. 2, p. 507/508, car le dit
 arrêt ne fait pas autre chose que reconnaître qu'un jugement
 qui tout à la fois tranche la question du divorce et prononce
 sur les effets ultérieurs et accessoires de celui-ci, peut passer
 en force sur la question du divorce si, sur cette question-là,
 il n'est pas attaqué, quand bien même il le serait, en revanche,
 sur la question des effets accessoires, — ce principe-là n'étant
 que la conséquence de la règle qui veut qu'un jugement ne
 soit remis en discussion que dans la mesure où il a été attaqué ;

qu'il est douteux cependant que le redressement de cette
 violation de la loi puisse être poursuivi devant le Tribunal
 fédéral par la voie du recours en réforme, et douteux aussi
 que le Tribunal fédéral puisse, pour cette raison, annuler,
 d'office, le jugement dont recours ;

que ces questions toutefois n'ont nul besoin d'être élucidées
 ici, car le but que poursuit l'art. 49 al. 2 précité, peut être,
 en l'espèce, atteint d'autre manière ;

qu'en effet, et pour autant qu'il a encore, lui aussi, la possibilité de le faire, le Tribunal fédéral est également tenu d'observer la prescription du dit art. 49 al. 2 ;

qu'en la cause et pour satisfaire à cette prescription de la loi, il suffit au Tribunal fédéral de décider de surseoir à l'examen du recours en réforme dirigé contre le jugement du 9 juillet 1908 en tant que celui-ci prononce le divorce entre parties, jusqu'à ce que la première, et éventuellement aussi la seconde instance cantonale se soient prononcées sur la question des effets ultérieurs du divorce quant aux biens des époux (comp. les arrêts du Tribunal fédéral, en la cause des époux GAMPER, RO 8 n° 77, p. 516 et suiv., et 9 n°s 19 et 51, p. 87 et suiv., et 263 et suiv.) ;

qu'en conséquence il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la première conclusion du recours, celle-ci étant, dans ces conditions, sans objet ;

Attendu, en ce qui concerne la troisième conclusion du recours, que, jusqu'à l'arrêt à intervenir du Tribunal fédéral sur le recours dont il demeure nanti, les mesures provisionnelles ordonnées par le Juge d'instruction près le Tribunal du IV^e arrondissement pour le district de Martigny suivant jugement du 1^{er} février 1907, ainsi que tous engagements plus considérables pouvant avoir été assumés par l'intimé, subsistent en leur intégralité, et que le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour y apporter aucune modification (art. 78 OJF) ;

que, dans cette mesure, il ne peut pas non plus être entré en matière sur la troisième conclusion du recours ;

Par ces motifs

Le Tribunal fédéral
prononce :

1. Il n'est pas entré en matière sur la première conclusion de recours, d'ordre formel, non plus que, dans la mesure indiquée ci-dessus, sur la troisième conclusion, subsidiaire, relative au chiffre de la pension à payer par l'intimé à la recourante.

2. Il est sursis à l'examen et au jugement soit de la seconde conclusion du recours, d'ordre matériel, visant la question

même du divorce, soit de la troisième conclusion pour autant que celle-ci peut avoir trait aux effets ultérieurs mêmes du divorce, jusqu'à ce que les instances cantonales aient elles-mêmes statué sur les dits effets ultérieurs du divorce quant aux biens des époux.

3. La cause est renvoyée au Tribunal cantonal valaisan pour qu'il soit suivi à l'instruction et au jugement sur la question de ces effets ultérieurs du divorce quant aux biens, conformément au dispositif sous chiff. 3, al. 2, du jugement du 9 juillet 1908 dont recours, le Tribunal cantonal étant invité à retourner le dossier de ce procès au Tribunal fédéral une fois la dite question liquidée, et à y joindre un rapport sur la façon en laquelle la question dont s'agit aura été liquidée.

4. Il sera statué sur les frais résultant du présent arrêt lorsque l'affaire reviendra devant le Tribunal fédéral pour le fond ou, éventuellement, en cas de retrait du recours, lorsque la cause viendrait à être radiée du rôle.

101. **Urteil vom 28. November 1908** in Sachen
Erbmasse Spengler, Bekl. u. Ber.=Kl., gegen **Spengler**,
Kl. u. Ber.=Bekl.

Eigentum an beweglichen Sachen (und Forderungen), Art. 199 OR. Anwendbarkeit eidg. Rechts, auch wenn die causa (i. c. Schenkung) dem kantonalen Recht untersteht. — Nichteintreten auf die Berufung bei mangelndem rechtlichem Interesse der Parteien an der Berufung. (Gegenstandslosigkeit der Berufung.) Eidgenössisches und kantonales Recht. Eine Verletzung von eidgenössischem Recht, die am Endresultat nichts ändert, genügt nicht zur Zulässigkeit der Berufung.

Das Bundesgericht hat

da sich ergeben :

A. Am 18. Juni 1906 ließ Joseph Spengler, der Rechtsvorgänger der Kläger, seinen Bruder Anton Spengler, den Rechtsvorgänger der Beklagten, sowie (durch Vermittlung des Anton Spengler) den Geschäftszugenden Zneichen an sein Krankenlager