

Begriff derselben eingeführt würde, was in andern Fällen wieder zu Komplikationen führen müsste. Übrigens fiel nach diesem Kriterium die Priorität erst recht dem Gerichtsstande Visp zu, wo der Ehemann die Aussöhnung am 23. August verlangte, während vor diesem Zeitpunkt in Bern nur Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 169 ZGB verlangt wurden.

Ist mithin der Klageerhebung des Ehemannes in Visp die Priorität zuzuerkennen, so kann dahingestellt bleiben, ob die Ehefrau überhaupt zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes nach Art. 170 ZGB berechtigt war, und wenn ja, ob sie in Bern einen solchen tatsächlich begründet hatte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Ehefrau wird abgewiesen, diejenige des Ehemannes gutgeheissen, der Instruktionsrichter von Visp zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB zuständig erklärt und die Verfügung des Gerichtspräsidenten I von Bern vom 10. September 1946 aufgehoben.

49. Arrêt de la II^e Cour civile du 7 novembre 1946 dans la cause P. contre M.

Action en paternité. Péremption (art. 308 CC, 139 CO).

Application de l'art. 139 CO au cas dans lequel les demandeurs, au lieu d'attendre de se voir déboutés de leurs conclusions en raison d'un vice de forme dont leur action est entachée, renoncent à cette action pour en engager une nouvelle. Conditions, réserves.

Vaterschaftsklage, Verwirkung (Art. 308 ZGB, 139 OR).

Anwendung von Art. 139 OR auf den Fall, dass die Kläger, statt die Abweisung ihrer Vaterschaftsklage wegen eines ihr anhaftenden Formfehlers abzuwarten, diese Klage zurückziehen, um eine neue einzureichen. Voraussetzungen, Vorbehalte.

Azione di paternità. Perenzione (art. 308 CC, 139 CO).

Applicazione dell'art. 139 CO al caso in cui gli attori, invece di attendere il rigetto della loro azione di paternità a motivo d'un vizio di forma, rinunciano a quest'azione per promuoverne una nuova. Condizioni, riserve.

A. — Lucette M. est accouchée le 30 décembre 1943 d'un enfant illégitime, Alain, dont René M., père de Lucette, a été nommé curateur.

L'avocat S. a été désigné comme avocat d'office de Lucette et Alain M. pour le procès en paternité à intenter à M. Pitton. Il a ouvert action par citation en conciliation du 24 octobre 1944 devant le Juge de paix du cercle de Moudon. L'audience a eu lieu le 9 novembre et, la tentative de conciliation n'ayant pas abouti, le Juge de paix a aussitôt adressé l'acte de conciliation au curateur de l'enfant, sans d'ailleurs informer l'avocat d'office des demandeurs, ni de la fixation de l'audience, ni de la délivrance de l'acte de non-conciliation, et sans inviter le curateur à renseigner l'avocat.

C'est seulement le 18 janvier 1945 que le curateur a écrit à M^e S. que l'audience avait eu lieu le 9 novembre. A cette date du 18 janvier, le délai de 30 jours dès l'acte de non-conciliation prévu par l'art. 57 du code de procédure civile du canton de Vaud (CPC) était expiré. Les demandeurs ont alors fait notifier le 7 février 1945 un nouvel exploit de citation en conciliation. Le défendeur ne s'étant pas présenté à l'audience fixée au 15 février 1945, le Juge de paix a délivré le même jour aux demandeurs un acte de non-comparution équivalant à un acte de non-conciliation. Les demandeurs ont déposé leur demande le 23 février.

Le défendeur ayant excipé de la tardiveté de l'action, moyen pris du fait que la demande n'avait été ouverte que le 7 février 1945, c'est-à-dire plus d'un an après la naissance (art. 308 CC), le Président du Tribunal du district de Moudon a décidé de surseoir à l'instruction sur le fond et de faire trancher d'abord la question de la tardiveté.

Par jugement du 14 février 1946, le Tribunal, admettant que l'action avait été introduite tardivement et que l'art. 139 CO ne pouvait être invoqué en l'espèce, a rejeté la demande et condamné les demandeurs aux dépens.

Sur recours des demandeurs, le Tribunal cantonal vau-

dois, par arrêt du 3 mai 1946, a écarté l'exception de tardiveté et renvoyé la cause devant le Tribunal de première instance pour être jugée au fond.

Le défendeur a recouru en réforme en reprenant ses conclusions libératoires.

Considérant en droit :

1. — Bien que l'arrêt attaqué n'ait statué que sur une question préjudicielle, celle de la tardiveté de l'action, le recours est recevable en vertu de l'art. 50 OJ, car si cette question devait être tranchée dans le sens où elle l'a été par le Tribunal de première instance, la cause se trouverait définitivement jugée, sans qu'il fût nécessaire de l'instruire au fond.

2. — Il a été jugé le 5 juillet 1935 dans la cause D. c/ St. (RO 61 II p. 148 et suiv.) que l'art. 139 CO est applicable non seulement aux délais de prescription proprement dits, qu'il vise directement, mais aussi au délai de péremption de l'art. 308 CC, c'est-à-dire que lorsque l'action en paternité a été rejetée pour cause d'incompétence du juge saisi ou en raison d'un vice de forme réparable (ou parce qu'elle était prématurée), et que le délai de l'art. 308 est expiré dans l'intervalle, la partie demanderesse jouit d'un délai supplémentaire de 60 jours pour faire valoir ses droits.

Le Tribunal fédéral ne voit pas de motif de se départir de cette jurisprudence. Ainsi que le dit fort justement VON TUHR (p. 557), lorsque l'acte à accomplir consiste dans l'ouverture d'une action dans un certain délai, les conséquences de la péremption sont analogues à celles de la prescription. L'institution d'un délai de grâce se justifie donc rationnellement aussi bien dans un cas que dans l'autre. Priver définitivement de ses droits la partie qui a agi dans l'année, mais qui a commis une erreur de for ou de procédure est une sanction trop rigoureuse, et le tempérament apporté par l'art. 139 ne compromet guère les intérêts légitimes du défendeur, qui a pu prendre à temps toutes les mesures utiles pour sa défense.

3. — Le recourant ne discute pas la jurisprudence susrappelée mais conteste qu'elle puisse trouver son application en l'espèce. Il objecte en premier lieu que l'arrêt D. c/ St. n'a trait qu'au cas de l'incompétence du juge primitivement saisi, alors qu'il s'agit en l'occurrence d'une action qui aurait dû être rejetée pour vice de forme, c'est-à-dire pour n'avoir pas été poursuivie dans le délai fixé par la loi de procédure cantonale. L'objection n'est pas pertinente. L'arrêt pose le principe de l'application de l'art. 139 CO en matière de péremption de l'action en paternité dans toute son ampleur et, en effet, il n'y a pas de raison de distinguer selon que l'action a été rejetée pour cause d'incompétence ou pour une autre des causes énoncées dans cet article.

Le recourant soutient en second lieu que, à la différence du cas D. c/ St. où l'on ne pouvait faire grief aux demandereses d'avoir ouvert action devant un tribunal incompetent, la question de for étant effectivement discutable, les demandeurs (ou leur avocat) ont commis ici une faute inexcusable, car il ne tenait qu'à eux d'observer le délai légal pour le dépôt de la demande. Cette argumentation ne saurait être retenue non plus. La règle susrappelée, selon laquelle l'art. 139 CO est applicable à la péremption de l'action en paternité, a été posée sans aucune réserve et pour des motifs purement juridiques. Or l'art. 139 CO est conçu en termes tout généraux ; il ne suppose nullement l'absence de fautes de la partie mise au bénéfice du délai de grâce ; au contraire, on pourrait dire, comme le Tribunal cantonal, qu'il suppose même une faute de sa part, car il est bien rare qu'on ne puisse lui imputer à faute (à elle ou à son conseil, ce qui revient au même) de s'être trompée de for ou d'avoir commis un vice de forme.

4. — L'application de l'art. 139 CO est subordonnée à trois conditions : que l'action primitive ait été atteinte d'un vice de forme réparable, qu'elle ait été rejetée pour ce motif, et que la décision intervienne après l'expiration du délai de prescription (ou de péremption).

De ces trois conditions la première est incontestablement réalisée. D'après la procédure vaudoise, lorsque le procès s'engage par une tentative de conciliation, la notification de l'exploit de citation en conciliation constitue l'ouverture de l'action, et la demande doit être alors déposée dans les trente jours de l'acte de non-conciliation (art. 254 al. 2 CPC). Il ressort toutefois de l'arrêt attaqué que l'inobservation de cette disposition n'invalide pas le droit litigieux (art. 64 CPC), autrement dit que le demandeur qui n'a pas déposé sa demande dans ce délai n'est pas déchu de son droit mais conserve la faculté de citer à nouveau en conciliation. Le vice qui affectait l'action ouverte par l'exploit du 24 octobre 1944 est donc bien un vice réparable.

En ce qui concerne les deux autres conditions, la question peut donner lieu à discussion. Il est certain que si l'on devait s'en tenir à la lettre de l'art. 139 CO, cette disposition devrait être déclarée inapplicable en l'espèce, puisqu'elle fait courir le délai de grâce du jour du jugement qui a débouté préjudiciellement le demandeur de ses conclusions pour incompetence ou en raison d'un vice de forme, et qu'en l'espèce les demandeurs n'ont pas attendu que leur première action ait été rejetée pour engager la seconde. Il serait également inapplicable si l'inobservation de l'art. 254 al. 2 CPC avait eu pour conséquence d'entraîner de plein droit l'extinction de l'action ouverte par l'exploit du 24 octobre 1944, car il suppose, d'autre part, que la première action ait été rejetée *après* l'expiration du délai de prescription (ou de péremption) et, en l'espèce, dans l'hypothèse envisagée, la première action aurait déjà cessé d'exister le 9 décembre 1944, c'est-à-dire 20 jours avant l'échéance du délai de péremption de l'art. 308 CC, laissant du reste aux demandeurs tout le temps d'introduire une nouvelle action dans ledit délai.

Il ressort cependant de l'arrêt attaqué que l'inobservation de l'art. 254 al. 2 CPC n'a pas eu non plus d'effet sur la première action. L'arrêt ne le dit pas expressément il est vrai, mais cela découle logiquement du passage dans

lequel le Tribunal cantonal relève qu'on ne saurait faire grief aux demandeurs « de n'avoir pas poursuivi jusqu'au bout une action perdue d'avance, dans le seul but de satisfaire à la lettre de l'art. 139 CO », car si l'action s'était éteinte à l'expiration des trente jours de l'acte de non-conciliation, elle n'aurait évidemment pas pu être poursuivie.

Que cette opinion ne s'accorde guère avec certaines décisions antérieures du même tribunal (cf. J. d. T. 1922 III p. 74 et suiv. et 1925 III p. 102 et suiv.), c'est possible mais cela n'autorise pas le Tribunal fédéral à ne pas en tenir compte en l'espèce, car il s'agit d'une question d'interprétation du droit cantonal qu'il n'a pas qualité pour revoir dans la présente procédure. Aussi bien paraît-elle s'appuyer sur l'art. 283 CPC. Cette disposition laisse en effet à la partie « qui ... invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée, en vue de faire invalider celle-ci » le soin de soulever ce moyen par la voie d'une exception dilatoire avant toute défense au fond et ne fait exception à ce principe que pour certains cas de déclinatoire dans lesquels ce dernier doit alors être élevé d'office.

Or, si l'on admet que l'action engagée le 24 octobre 1944 a subsisté nonobstant le non-dépôt d'une demande dans les trente jours à compter de l'acte de non-conciliation, qu'elle était donc encore pendante le jour où les demandeurs ont signifié leur second exploit de citation en conciliation, c'est-à-dire le 7 février 1945, et qu'il n'eût tenu qu'à eux de déposer leur demande à ce moment-là pour obtenir un jugement qui leur eût donné le droit d'invoquer le bénéfice de l'art. 139 CO, il serait d'une rigueur excessive de leur refuser ce bénéfice pour la seule raison qu'au lieu de poursuivre leur action ils ont préféré en ouvrir une nouvelle, en renonçant par là même à la première. Aussi bien ne voit-on pas de bonnes raisons, alors du moins que la renonciation à la première action est fondée sur le fait qu'elle est condamnée à un échec certain, d'exiger que le

demandeur la poursuive jusqu'au jugement qui le débou-
tera préjudiciellement de ses conclusions. Il convient au
contraire en pareil cas d'assimiler cette renonciation à
l'hypothèse prévue par l'art. 139 CO, et d'admettre par
conséquent que lorsque — comme en l'espèce — cette
renonciation est la conséquence naturelle de l'ouverture
de la nouvelle action, le demandeur se trouve par le fait
même au bénéfice de l'art. 139 CO.

Cette solution comporte, il est vrai, un certain risque :
celui de mettre au bénéfice de l'art. 139 CO le demandeur
qui aurait tardé à rouvrir action ou à notifier sa renon-
ciation à la première action. Mais ce risque semble plutôt
théorique — les demandeurs n'ayant pas intérêt, en géné-
ral, à différer la solution du litige —, et en outre il sera
toujours loisible au juge saisi de la seconde action d'inférer
de l'inaction prolongée du demandeur une renonciation à
son droit, ce qu'il y aura lieu d'admettre dans le cas, par
exemple, où le demandeur, connaissant le vice de forme
qui entachait son action, n'aurait pas agi dans un délai
raisonnable. Or ce reproche ne saurait en tout cas être fait
aux demandeurs. En effet, c'est par la lettre du curateur
du 18 janvier 1945 que leur avocat a été informé de la
délivrance de l'acte de non-conciliation et c'est le 7 février
suivant, soit 20 jours plus tard, qu'il a fait notifier le
nouvel exploit de citation en conciliation, à un moment
d'ailleurs où, à le compter du dernier jour auquel il aurait
été encore en droit de déposer sa demande dans l'instance
ouverte le 24 octobre 1944, le délai de l'art. 139 CO n'était
pas encore expiré.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté.

50. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. September 1946 i. S.
Blaser gegen Vormundschaftsbehörde Binningen.

Begriff der Zivilsache im Sinne von Art. 68 OG.

Welche Behörde ist örtlich zuständig zum Entscheid darüber,
ob ein aussereheliches Kind unter die elterliche Gewalt der
Mutter oder allenfalls des Vaters zu stellen sei (Art. 311 Abs. 2,
324 Abs. 3, 325 Abs. 3 und 326 Abs. 2 ZGB; Art. 68 lit. b OG) ?

Affaire civile, selon l'art. 68 OJ.

Quelle autorité est-elle compétente *ratione loci* pour dire si un
enfant illégitime doit être mis sous la puissance paternelle de
sa mère ou, éventuellement, sous celle de son père (art. 311 al. 2,
324 al. 3, 325 al. 3 et 326 al. 2 CC; 68 lettre b OJ) ?

Nozione del procedimento civile, giusta l'art. 68 OGF.

Quale autorità è competente *ratione loci* per decidere se un figlio
illegittimo debba essere messo sotto la patria potestà di sua
madre o, eventualmente, sotto quella di suo padre (art. 311 cp. 2,
324 cp. 3, 325 cp. 3 e 326 cp. 2 CC; 68 lett. b OGF) ?

A. — Die Beschwerdeführerin gebar am 17. Juni 1938
ausserehelich den Knaben Hansjürg. Die Vormundschafts-
behörde Meilen (Zürich) bestellte ihm am 28. Juni 1938
einen Beistand. Nach Durchführung des Vaterschafts-
prozesses ersetzte sie am 29. Juni 1939 den Beistand
durch einen Vormund.

B. — Am 23. Oktober 1939 wurde die Beschwerde-
führerin vom Bezirksrat Zürich auf Grund von Art. 369
und 370 ZGB entmündigt. Nachdem sie sich im Jahre
1943 mit Bewilligung ihres Vormundes mit Johann Blaser
in Binningen (Baselland) verheiratet hatte, hob der
Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft am 5.
Januar 1945 die Vormundschaft über sie auf.

C. — Im Frühjahr 1945 beantragte die Beschwerde-
führerin bei der Vormundschaftsbehörde Meilen, der
gemäss Anordnung seines Vormundes bei Familie Reimann
in Meilen untergebrachte Knabe Hansjürg sei unter ihre
elterliche Gewalt zu stellen. Die Vormundschaftsbehörde
Meilen wies ihr Gesuch ab. Darauf wiederholte sie es
am 5. Juni 1945 bei der Vormundschaftsbehörde Bin-
ningen. Diese ersuchte die Justizdirektion des Kantons