

Rechtsprechung des zürcherischen Obergerichtes und die deutsche Literatur und Praxis: die erstere hat bei der Anwendung von § 202 lit. a des zürch. STG, der mit § 68 des thurgauischen EG übereinstimmt, stets an dem Grundsatz festgehalten, dass beim leichtsinnigen Bankerott nur der in Konkurs geratene Schuldner in Betracht falle, und hat einen Angeklagten, der unter dem Namen eines andern Familienangehörigen ein Geschäft betrieb, freigesprochen (Blätter Bd. 15 Nr. 101; Bd. 26 Nr. 52). Die letztere hat bei Auslegung von § 240 KO stets angenommen, dass gestützt auf die Konkurseröffnung der Urheber der Bankerottthandlungen nur dann zur Verantwortung gezogen werden dürfe, wenn sich die Konkurseröffnung gegen ihn selbst richtete (Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 25 S. 121/2; 29 S. 105/6; 49 S. 322; 65 S. 413; FRANK, I. c. § 239 Ziff. VIII, § 240 Ziff. VI; SYDOW-BUSCH-KRIEG, I. c. S. 519; OLSHAUSEN, Kommentar 9. Aufl. KO § 239 Note 6 lit. d; EBERMAYR, I. c. KO § 239 Note 2).

Der Zustand, wie er gemäss § 68 des EG besteht, mag das Rechtsempfinden verletzen. Er hat zwar nicht, wie die Staatsanwaltschaft behauptet, zur Folge, dass ein Unschuldiger für den Schuldigen bestraft wird; denn wenn denjenigen, der seinen Namen für den Geschäftsbetrieb hergegeben hat, kein strafrechtlich erhebliches Verschulden trifft, muss er freigesprochen werden (PFLEGHART, SJZ Bd. 19 S. 98). Möglich ist aber, dass der Hauptschuldige straffrei bleibt, während der Wenigerschuldige bestraft wird. Diese Lücke kann nur der Gesetzgeber ausfüllen. Im schweiz. Strafgesetzbuch geschieht dies wenigstens teilweise dadurch, dass der Konkurseröffnung die Ausstellung eines Verlustscheines gleichgestellt wird.

IV. STAATSVERTRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

4. Arrêt du 3 février 1939

dans la cause **dame Magnus-Lévy contre Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois et Speelmann.**

Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs.

La Convention ne concerne que la tutelle des mineurs proprement dite, à l'exclusion de la puissance paternelle. L'art. 7, qui réserve aux autorités locales le soin de prendre les mesures nécessaires dans tous les cas d'urgence, ne s'applique lui-même qu'en rapport avec une tutelle.

C'est au regard du droit étranger qu'il faut examiner si la puissance de l'époux survivant sur ses enfants équivaut à une véritable tutelle.

Haager Übereinkunft zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige vom 12. Juni 1902.

Die Übereinkunft gilt nur für bevormundete, nicht auch für unter elterlicher Gewalt stehende Minderjährige. Daher ist auch Art. 7, der den zuständigen Ortsbehörden in allen dringenden Fällen die Sorge für den Erlass von Massnahmen vorbehält, nur im Zusammenhang mit einer Vormundschaft anwendbar.

Ob die elterliche Gewalt des überlebenden Ehegatten über seine Kinder einer eigentlichen Vormundschaft gleichkommt, beurteilt sich nach ausländischem Recht.

Convenzione dell'Aia, del 12 giugno 1902, concernente la tutela dei minorenni.

La convenzione concerne soltanto la tutela dei minorenni propriamente detta, esclusa la potestà dei genitori. L'art. 7, che riserva alle autorità locali il compito di prendere i provvedimenti necessari in tutti i casi urgenti, si applica soltanto in connessione con una tutela.

La questione di sapere se la potestà del coniuge superstite sui propri figli equivale ad una tutela vera e propria va esaminata alla stregua del diritto estero.

A. — Hélène-Suzanne Speelmann, née en 1930, est la fille de Benjamin Speelmann, citoyen hollandais, domicilié à Amsterdam. Comme les parents vivaient en mauvaise intelligence, l'enfant a été, dès l'âge de 13 mois, confiée à sa grand'mère maternelle, dame Magnus-Lévy, demeurant actuellement à Lausanne. La mère de la fillette est

décédée au cours du procès en divorce et le père s'est depuis remarié. La grand'mère a tenté de faire priver Speelmann de la puissance paternelle par les tribunaux hollandais, afin de garder l'enfant auprès d'elle ; mais elle a été déboutée dans toutes les instances, en dernier lieu par arrêt de la Cour de cassation des Pays-Bas, du 13 juin 1938.

Peu avant ce prononcé, soit le 2 juin 1938, dame Magnus-Lévy, qui avait obtenu que l'enfant lui fût confiée jusqu'à droit connu sur l'action en déchéance de la puissance paternelle, a requis le Juge de paix de Lausanne de priver Benjamin Speelmann, en vertu de l'art. 284 CC, du droit de garde sur son enfant. Elle soutenait que cette mesure s'imposait dans l'intérêt du développement physique et moral de la jeune Hélène et elle invoquait l'art. 7 de la Convention de La Haye du 2 juin 1902 qui permet aux autorités locales, en attendant l'organisation de la tutelle ainsi que dans tous les cas d'urgence, de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts du mineur étranger.

Statuant le 7 juin 1938, la Justice de paix s'est déclarée incompétente, considérant que l'enfant était sous la puissance de son père domicilié à Amsterdam et que la Convention de La Haye ne s'appliquait pas aux mesures tendant à la protection de l'enfant contre le détenteur de la puissance paternelle.

Par arrêt du 24 août 1938, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a confirmé ce jugement. Elle estime que, supposé la Convention de La Haye applicable, le juge ne pourrait prendre que des mesures provisoires conformes à la législation hollandaise ; qu'au reste cette Convention ne s'applique pas ; que, pour déterminer la législation applicable aux mesures à prendre contre un père exerçant la puissance paternelle, il faut se reporter à la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour ; qu'il ressort de l'art. 9 de cette loi que le droit suisse ne peut être invoqué et que la

juridiction suisse n'est pas compétente lorsque le père habite l'étranger ; qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si le juge aurait pu prendre des mesures provisoires en application de l'art. 283 CC, la question de la puissance paternelle étant définitivement réglée.

B. — Contre cet arrêt, dame Magnus-Lévy a formé

1) un recours de *droit civil* fondé sur l'art. 87 ch. 2 OJ et tendant à ce que la Justice de paix fût déclarée compétente pour prendre les mesures provisionnelles prévues par le CC en faveur de l'enfant Hélène Speelmann,

2) un recours de *droit public* tendant à l'annulation des jugements cantonaux pour fausse application de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs.

Ce dernier recours est, en bref, motivé comme il suit :

Il s'agit de décider si l'art. 7 de la Convention de La Haye créée dans les cas d'urgence un for spécial des autorités locales pour assurer la protection du mineur. La Convention est en elle-même applicable : l'art. 7 ne vise pas seulement les mesures provisoires à prendre en attendant l'organisation de la tutelle, mais les mesures provisoires dans tous les cas d'urgence. C'est à tort, d'autre part, que le Tribunal cantonal estime que la Convention ne comprend pas la puissance paternelle ou la tutelle de l'un des époux. En l'espèce, en tout cas, la puissance du père sur l'enfant est une véritable tutelle. On ne saurait contester qu'il ne s'agisse d'un cas d'urgence.

C. — Par arrêt du 17 novembre 1938, la II^e Section civile a rejeté le recours dont elle était saisie.

Considérant en droit :

1. — Le recours de droit civil n'était recevable que pour prétendue violation de la loi fédérale de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour. La Cour de droit public est exclusivement compétente pour décider si les autorités cantonales ont violé la Convention.

de La Haye en déclinant leur juridiction (arrêt de la II^e Section civile, consid. 1 ; RO 57 II 548).

2. — Le Tribunal cantonal a jugé que la Convention de La Haye du 12 juin 1902 ne réglait que la tutelle des mineurs proprement dite, à l'exclusion de la puissance paternelle des parents. Ce point est hors de doute (MEILI et MAMELOK, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht, p. 274 ; SIMON, La tutelle des mineurs, p. 22). La recourante ne le conteste pas sérieusement. En revanche, elle soutient, d'une part, que l'art. 7 de la Convention prévoit une « compétence en quelque sorte exorbitante » dépassant le cadre de la Convention, d'autre part — supposé que le traité ne vise que la tutelle —, qu'en droit hollandais la puissance du père survivant sur ses enfants constitue une véritable tutelle.

3. — Selon l'art. 7 de la Convention, « en attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales ». La recourante pense que les cas d'urgence visés par cette disposition peuvent être sans rapport avec une tutelle. Cette thèse est contredite par l'intitulé même de la Convention, conclue « pour régler la tutelle des mineurs ». Si l'art. 7 assimile au cas où la tutelle n'est pas encore organisée tous les cas d'urgence — pour confier ici comme là à d'autres autorités que celles du pays d'origine le soin de prendre les mesures nécessaires —, cela ne signifie nullement que la Convention envisage des cas d'urgence qui n'auraient aucun rapport avec l'institution et l'administration d'une tutelle sur des mineurs. La disposition invoquée veut simplement dire que les autorités locales doivent se saisir d'un cas urgent non seulement lorsqu'une tutelle n'est pas encore instituée, mais aussi lorsqu'elle l'est déjà.

Les extraits de doctrine et de jurisprudence cités par la recourante n'autorisent pas une autre conclusion. Dans une réponse au Département de justice du canton de St-

Gall, le Département fédéral de justice et police (BURCKHARDT, Droit fédéral, t. IV n° 1578) a en effet déclaré qu'au regard de l'art. 7 de la Convention de La Haye il y avait lieu d'appliquer à une étrangère, qui a avisé l'autorité de sa grossesse, l'art. 311 al. 2 CC. Mais cette mesure ressortit au domaine de la tutelle ou de la curatelle, car en droit suisse la mère naturelle n'a pas d'emblée la puissance paternelle sur son enfant (art. 326 CC) ; au reste, le renvoi à l'art. 7 de la Convention n'était qu'un motif auxiliaire de la réponse départementale et de plus celle-ci ne saurait en aucun cas lier le Tribunal fédéral. Le passage de l'ouvrage de MEILI et MAMELOK (p. 299) que cite la recourante parle contre sa thèse ; ces auteurs exposent que les mesures de l'art. 7 peuvent être ordonnées avant que la tutelle soit organisée, mais qu'elles peuvent aussi l'être après : c'est ce qui résulte du fait que la disposition visée place sur le même pied les autres cas urgents. Il faut donc toujours qu'il s'agisse d'une tutelle. SIMON (op. cit. p. 134 ss) ainsi que l'auteur de l'article paru dans la Schweiz. Juristen-Zeitung, 2 p. 255, ne se prononcent pas dans un autre sens. Aussi bien le Tribunal cantonal n'a-t-il pas entendu déclarer qu'après l'institution d'une tutelle les autorités du lieu de résidence ne pourraient plus prendre des mesures provisoires, mais qu'en l'espèce il ne s'agissait nullement de mesures urgentes à statuer avant ou après l'institution d'une tutelle.

4. — La recourante reproche subsidiairement à la Cour cantonale d'avoir nié qu'aux Pays-Bas la situation de l'époux survivant à l'égard de ses enfants équivaille à une véritable tutelle. Mais, comme le reconnaît la recourante, cette question doit être résolue au regard du droit hollandais, et non à la lumière de la Convention de La Haye, en sorte que l'arrêt attaqué ne peut avoir violé le traité. Ce ne serait donc que sous l'angle de l'arbitraire que le Tribunal fédéral pourrait examiner si le Tribunal cantonal a sainement appliqué le droit étranger. Or le grief d'arbitraire n'est même pas articulé.

Voudrait-on cependant admettre qu'une fausse interprétation du droit hollandais impliquât violation indirecte de la Convention de La Haye, que le moyen soulevé ne serait pas fondé. L'art. 400 du Code civil hollandais s'exprime en ces termes (traduction de Tripels) :

« Après la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. »

L'art. 407 dispose que l'époux qui exerce cette tutelle doit, avant de contracter un nouveau mariage, rendre des comptes. Pour désigner l'époux survivant, le traducteur Tripels parle simplement de « père » ou de « mère » et non pas, selon la citation de la recourante, de « père-tuteur » ou de « mère-tutrice ». Il est vrai que le code lui-même appelle le père « voogd », c'est-à-dire tuteur, et son office « voogdijschap », c'est-à-dire tutelle. Mais on ne saurait s'en remettre à la terminologie de la loi ; c'est le sens qui importe. Or, à cet égard, on constate qu'à la mort de son conjoint l'époux survivant devient d'emblée le tuteur de ses enfants, sans qu'il doive être constitué comme tel. Ce système correspond à celui du droit suisse (art. 274 al. 3 CC). Il n'y a pas de mesures à prendre « en attendant l'organisation de la tutelle » (art. 7 de la Convention), car cette tutelle n'a pas à être organisée, mais prend naissance de « plein droit ». Au vu de l'art. 407 CC hollandais, la circonstance que Speelmann s'est remarié ne change rien à son pouvoir ; la recourante n'a pas prétendu qu'il n'eût pas remis des comptes et qu'il fût ainsi déchu de ses droits. L'arrêt belge en la cause Eberhaert (Recueil Kusters et Bellemans, p. 214) concerne la tutelle après divorce, tandis qu'en l'espèce la mère de l'enfant est morte au cours de l'instance de divorce. Il est vrai qu'un arrêt du Kammergericht allemand considère la puissance de l'époux survivant comme une véritable tutelle (Recueil cité, p. 737) ; mais, sans compter que cet arrêt a été rendu dans d'autres circonstances, il ne saurait aucunement lier le Tribunal fédéral.

En conséquence, la Cour cantonale n'a pas violé la Convention de La Haye en refusant de l'appliquer en l'espèce. Au demeurant, dès l'instant où l'action de la recourante en déchéance de la puissance paternelle a été rejetée par les tribunaux hollandais — sans doute parce que le père a été jugé digne d'exercer sa puissance —, on ne voit pas comment les tribunaux suisses seraient en droit, par voie de mesures provisionnelles, d'en décider autrement.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours.

5. Arrêt du 17 mars 1939 dans la cause **Centrala Cooperativa de Import si Export contre Muret et Cie et Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois.**

Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des *sentences arbitrales étrangères*.

L'article premier, lettre a, d'après laquelle la sentence arbitrale étrangère, pour être exécutoire en Suisse, doit avoir été rendue à la suite d'une *clause compromissoire valable* s'applique au moyen consistant à dire que, dans le cas particulier, cette clause n'est pas valable parce que le contrat qui la renferme est nul faute de porter la signature d'une personne qualifiée pour contracter.

Genfer Übereinkommen betr. die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927 ;

Art. 1 lit. a : eine *gültige Schiedsklausel* ist Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Schiedsspruches ; erforderlich ist dazu die Berechtigung des die Klausel Unterzeichnenden zum Abschluss des materiellrechtlichen Teiles der Vereinbarung.

Convenzione per l'esecuzione delle *sentenze arbitrali estere*, del 26 settembre 1927 ;

L'art. 1, lett. a, secondo cui la sentenza arbitrale straniera, per ottenere esecuzione in Svizzera deve essere stata emessa in seguito ad una *clausola compromissoria valevole*, si applica anche quando, nel caso particolare, la clausola non è valevole, perchè il contratto che la contiene è nullo non essendo munito della firma d'una persona autorizzata a concluderlo.

La société recourante, à Braïla et Bucarest, fait le commerce de céréales. Le 14 juillet 1937, elle a vendu