

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung und Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze. Déni de justice et violation de l'égalité devant la loi.

a) *Formelle Rechtsverweigerung. — Déni de justice
quant à la forme.*

1. Arrêt du 31 janvier 1912 dans la cause Borsetti
contre Président du Tribunal de première instance de Genève.

Refus de la part d'un magistrat de déployer son office :

- 1^o L'étranger domicilié en Suisse a droit à la protection de la Constitution fédérale au même degré que les nationaux pour tous les droits qui ne dépendent pas essentiellement de la qualité de citoyen suisse. — L'accès des tribunaux suisses ne saurait dès lors lui être refusé. (Art. 4 Const. féd.)
- 2^o La loi de procédure genevoise prévoyant que le Président du Tribunal **doit**, dans les causes de divorce, tenter la conciliation et autoriser, en cas de non-conciliation, l'introduction de la demande de divorce, commet un déni de justice le Président qui refuse de donner suite à une requête tendant à l'ouverture d'une procédure en divorce par le motif que les tribunaux genevois sont incompétents pour connaître de l'action. (L. proc. civ. genev. art. 1, 55, 60, 435, 438.)

A. — Alphonse Borsetti, charcutier, est domicilié à Genève depuis plusieurs années. Le 7 mai 1906 il s'est marié avec Cécile-Marie Gherardi dans la commune de Ochieppo Superiore, district de Biella (province de Novare). Le 4 mai 1911, Borsetti fit au consulat d'Italie à Genève la déclaration qu'il renonçait à la nationalité italienne et qu'il transférait en Suisse sa résidence. Acte lui fut délivré officiellement de cette déclaration.

En date du 2 octobre 1911, Borsetti adressa au Président du Tribunal de première instance de Genève une demande de citation en conciliation en vue de la procédure en divorce qu'il voulait introduire contre sa femme. Dans la lettre accompagnant l'exploit il est mentionné que le requérant n'est plus sujet italien.

B. — Par ordonnance du 4 octobre 1911, rendue en marge du projet d'acte d'ajournement, le Président du Tribunal a refusé « de donner suite à la présente demande et d'ouvrir la procédure en divorce ». Ce refus est motivé comme suit : Borsetti ne possédant actuellement aucune nationalité doit être considéré comme *heimatlos de fait* ; néanmoins, la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le divorce des *heimatlos* ne peut lui être appliquée, parce que ce n'est pas par des circonstances indépendantes de sa volonté, mais par un acte volontaire que Borsetti 1° a perdu sa première nationalité et 2° n'en a point acquis une autre ; dès lors il n'est pas *heimatlos* au sens juridique du mot ; « aussi sa renonciation volontaire ne peut forcer la compétence des tribunaux genevois. »

Ensuite de ce refus, la citation en conciliation ne peut pas être notifiée à dame Borsetti et la procédure en divorce ne peut pas être introduite.

C. — Borsetti a formé en temps utile un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral en concluant à l'annulation de l'ordonnance du 4 octobre pour cause de déni de justice, soit violation de l'art. 4 Const. féd.

Le Président du Tribunal de première instance de Genève a transmis au Tribunal fédéral les observations du magistrat

qui avait rendu la décision attaquée. Le mémoire produit conclut à ce qu'il plaise à la Cour de droit public :

- « 1° Entrer en matière sur le recours ;
- » 2° Ecarter le recours en tant qu'il est basé sur une violation de la loi de procédure civile genevoise et dans tous les cas dire droit, sur le fond, en indiquant si, par le seul fait de la renonciation à la nationalité italienne et l'acquisition d'un domicile en Suisse, un Italien d'origine peut, en qualité de *heimatlos*, faire prononcer son divorce par les tribunaux suisses. »

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Une question préliminaire qui pourrait se poser est celle de savoir si les voies de droit cantonales ont été épuisées. Le recourant l'affirme et le magistrat qui a rendu la décision attaquée, « loin de discuter la recevabilité du recours, demande expressément au Tribunal fédéral de trancher la question de fond, qui présente un intérêt général. »

La loi de procédure genevoise ne contient aucune disposition positive ouvrant une voie de recours, d'appel ou d'opposition contre une décision rendue par un président de tribunal seul. L'affirmation du recourant qu'il ne peut déférer la cause à aucune autorité cantonale paraît donc fondée. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, la condition d'avoir épuisé les instances cantonales n'est pas exigée d'une façon absolue dans les cas de déni de justice formel. Or, c'est bien un tel déni de justice que le recourant allègue ; en effet, par son refus d'autoriser la citation en conciliation, le Président du Tribunal empêche le recourant de former la demande en divorce et lui ferme l'accès des tribunaux genevois.

Dans ces conditions, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours.

2. — Le recourant, étranger à la Suisse, a dans ce pays son domicile et, à ce titre, il a droit à la protection de la Constitution fédérale au même degré que les nationaux pour tous les droits qui ne dépendent pas exclusivement de la qualité de citoyen suisse ; or, tel n'est évidemment pas le cas pour le droit à l'accès des tribunaux et à se faire rendre

justice. Le recourant est donc légitimé à former le présent recours.

3. — En première ligne le recourant soutient que le Président du Tribunal n'avait aucune compétence pour refuser l'ouverture de la procédure en divorce. En s'arrogeant cette compétence et en refusant la mesure qui lui était demandée, le Président a violé manifestement et arbitrairement la loi cantonale.

Le magistrat intimé combat ce moyen de recours en réclamant le droit de refuser d'ouvrir une demande « qui ne peut aboutir » ; mais il ne cite aucun texte de loi à l'appui de sa compétence.

La seule disposition légale invoquée et indiquée comme violée par le recourant est l'art. 438 de la procédure civile genevoise, ainsi conçu :

« Lorsque le divorce est demandé contre un époux qui n'a »
 » ni domicile ni résidence dans le canton ou qui est sans do- »
 » micile ou résidence connus, le président *rendra* en marge »
 » du projet d'acte d'ajournement une ordonnance portant »
 » que cet époux sera cité à comparaître en personne en la »
 » chambre du conseil au jour et à l'heure que le président »
 » fixera. »

Cet article n'est que l'application dans un cas déterminé de la règle générale édictée à l'art. 435 pour l'introduction des demandes en divorce. D'après cette dernière disposition, l'époux demandeur doit présenter au Président du Tribunal son projet d'acte d'ajournement motivé. « Le Président, prescrit l'article, *convoquera* par lettre officielle les deux époux » à comparaître devant lui pour tenter la conciliation. Si cette tentative n'aboutit pas, le magistrat « *autorisera* le demandeur à assigner en divorce par devant le Tribunal ».

La formation de la demande devant le Tribunal doit ainsi être précédée d'une procédure de conciliation devant le Président seul, et pour l'observation de cette procédure de conciliation, l'intervention et l'autorisation du Président sont nécessaires. L'art. 6 de la loi de procédure civile prévoit du reste la procédure préalable de conciliation pour toutes les

demandes « entre époux ou entre ascendants ou descendants et leurs alliés ». Dans toutes les autres causes, au contraire, l'introduction de la cause en justice résulte du seul fait de la signification de l'acte d'ajournement (citation) et cette signification s'opère sans aucune intervention ou autorisation du Président du Tribunal (cf. art. 5 et 55, 28 et suiv. C. proc. civ.).

Il ressort de toutes ces dispositions que le Président du Tribunal n'a pas d'autre compétence dans les causes de divorce que celle qui se rapporte à la tentative de conciliation. C'est seulement en vue de cette procédure de conciliation que la loi lui attribue un droit d'intervention et prévoit son autorisation. En dehors de cette procédure spéciale, le Président n'a aucun rôle dans l'introduction de la demande ; aucune disposition légale, en particulier, ne lui confère le droit d'examiner si la demande est recevable soit quant à la forme, soit quant au fond. Ces questions sont réservées au Tribunal en corps ; c'est à lui qu'il appartient de prononcer sur toutes les questions de droit relatives à la cause (cf. art. 1, 55, 60, 93 etc. L. proc. civ.) ; le Juge d'instruction n'existe pas (art. 67 et suiv., 79, 85 et suiv.). Et spécialement en ce qui concerne « l'incompétence à raison de la matière », l'art. 62 dispose que les parties peuvent demander le renvoi et que « les *juges* devront l'ordonner, même d'office, en tout état de cause ».

D'autre part, les textes qui prévoient l'intervention du Président du Tribunal en vue de la conciliation sont tous impératifs et ne parlent de l'autorisation que comme d'une mesure destinée à *assurer* la tentative de conciliation ; aucune disposition ne laisse supposer que le Président puisse *refuser* de tenter la conciliation, ni qu'il puisse, après la tentative de conciliation, refuser l'autorisation de former la demande. Au contraire, le Président doit, une fois la question de conciliation réglée, laisser toutes les questions de forme et de fond arriver devant le Tribunal en corps, seul compétent pour en connaître (art. 93 et suiv.).

Dès lors, il apparaît que la décision attaquée ne repose sur aucune norme de compétence reconnue par la loi.

Si le prononcé présidentiel n'est pas soutenable au regard des textes légaux, il ne l'est pas non plus au point de vue de l'esprit et du système de la procédure civile genevoise. Celle-ci, en effet, exclut tout contrôle du Président du Tribunal et laisse aux parties seules le soin d'introduire les actions en justice dans les causes ordinaires. Et dans les cas exceptionnels où la loi prévoit l'intervention et l'autorisation du Président, cette activité ne s'exerce qu'en vue de la conciliation.

De tout ce qui précède il résulte que le Président du Tribunal de première instance en s'attribuant sans droit la compétence de trancher seul une question qu'il aurait dû laisser arriver devant le Tribunal, a commis un déni de justice auquel le Tribunal fédéral doit mettre fin. Le premier moyen de recours étant fondé, l'annulation de la décision attaquée s'impose sans qu'il y ait lieu d'entrer en matière sur le second moyen du recours pris de ce que les motifs sur lesquels le Président a basé son refus seraient arbitraires. Il suffit de remarquer que la question de savoir si le recourant Borsetti est recevable à former une action en divorce devant les tribunaux genevois appelle un examen approfondi et demeure réservée aux juges du fond.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis. En conséquence l'ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Genève, du 4 octobre 1911, refusant de donner suite à la demande du recourant et d'ouvrir la procédure en divorce est annulée.

2. Urteil vom 7. März 1912 in Sachen Müller gegen Ersparniskasse Uri und Baumann.

Art. 178 Ziff. 3 OG: Die Frist für die Rechtsverweigerungsbeschwerde gegenüber einem mit der kantonalen Kassationsbeschwerde angefochtenen Urteile läuft erst von der Eröffnung des kantonalen Kassationsurteiles an. — Keine Rechtsverweigerung ist es, wenn im ernerischen Rechtsöffnungsverfahren die vom Beklagten erhobene Einrede der mangelnden Bevollmächtigung des Vertreters des Klägers deswegen unberücksichtigt gelassen wird, weil sie nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache als Vorfrage geltend gemacht wurde. — Darin, dass dem Beklagten ohne gesetzliche Grundlage eine Prozesskaution auferlegt und dass er wegen Nichtleistung der Kaution von der Verteidigung ausgeschlossen wird, liegt eine formelle Rechtsverweigerung.

A. — Der Rekurrent wurde von den Rekursbeflagten auf Grund von Verlustscheinen aus Konkurs betrieben und erhob in beiden Betreibungen Rechtsvorschlag. Die Rekursbeflagten stellten darauf bei der Gerichtskommission des Kantons Uri das Begehren um Rechtsöffnung. In der Verhandlung verlangten sie mittelst einer Vorfrage, daß dem Rekurrenten eine Kaution für die Kosten auferlegt werde. Dieses Begehren wurde gutgeheißen und der Rekurrent gestützt auf die Verlustscheine unter Hinweisung auf zwei Erkenntnisse der Gerichtskommission vom 16. Dezember 1910/16. Januar 1911 zur Hinterlegung eines Betrages von 50 Fr. verpflichtet.

Die beiden erwähnten Entscheide heißen im Dispositiv zwei Rechtsöffnungsgesuche der Ersparniskasse Uri gegen den bevormundeten Dr. Alban Müller teilweise gut. In der Begründung des ersten Entscheides Nr. 210 wird folgendes ausgeführt: Der Schuldner werde, gestützt auf § 27 litt. f urn. ZPO und unter Hinweisung auf ein kreisgerichtliches Urteil vom 23. Mai 1910, auf Begehren der Gläubigerin zu einer Kaution von 50 Fr. verpflichtet. Waisenvogt Dom. Epp habe die Erklärung abgegeben, er könne die Kosten nur insofern verbürgen, als er versuchen werde, den Mündel oder den Vogt seiner Gattin zu bestimmen, für die Kosten aufzukommen. In der Begründung des zweiten