

Fischerei ausschliessende Berechtigung zur Ausübung der Fischerei in den Stauseen auf Verfügungen der Konzessionsbehörde im Verleihungsakt, hat also ihren Grund im öffentlichen Recht. Ob eine solche Berechtigung im Grundbuche eingetragen werden kann und eingetragen werden muss, kann hier offen bleiben. Die Entscheidung darüber hätte, sofern sie verlangt werden sollte, von den Behörden auszugehen, die sich mit der Führung des Grundbuches zu befassen haben. Für die im verwaltungsrechtlichen Verfahren zu treffende Beurteilung des Streitiges aus der Konzession genügte die Feststellung, dass der Konzessionärin auf Grund der in § 21, Abs. 2 der beiden Konzessionen getroffene Regelung ein individuelles, das öffentliche ausschliessendes Recht auf Ausübung der Fischerei in den beiden zum Werke gehörenden Stauseen eingeräumt worden ist, und dass ihr dieses Recht nicht nachträglich durch Verfügungen des Regierungsrates entzogen werden kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. Auf die staatsrechtlichen Beschwerden der Parteien wird nicht eingetreten.

2. Ziffer 1 des Dispositives des obergerichtlichen Urteils vom 19. April/20. Mai 1944 wird bestätigt, Ziffer 2 wird im Sinne der Erwägungen abgeändert und festgestellt, dass der Sernf-Niedernbach A.-G. kraft Konzession ein Fischereirecht in den beiden Stauseen für die Dauer ihrer Konzessionen zusteht.

## VI. VERFAHREN

### PROCÉDURE

Vgl. Nr. 31, 32, 34, 35. — Voir nos 31, 32, 34, 35.

## A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

### I. RECHTSGLEICHHEIT

(RECHTSVERWEIGERUNG)

### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI

(DÉNI DE JUSTICE)

37. Arrêt du 28 mai 1945 dans la cause Bähler & C<sup>o</sup> contre de Coulanges et Cour de Justice civile de Genève.

*Recours de droit public pour arbitraire dans l'application du droit fédéral.*

1. Une solution n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Est-il arbitraire, en l'état de la législation, d'autoriser le débiteur poursuivi en vertu d'un acte de défaut de biens délivré après faillite à soulever pour la première fois devant le juge de mainlevée le moyen tiré du défaut de retour à meilleure fortune (art. 75, 265 al. 2 et 3 LP, Ord. CF n° 1 sur les formules à employer en matière de poursuite)? Question réservée. (Consid. 2).

2. Il est arbitraire, de la part d'une juridiction cantonale, de résoudre en sens opposé deux questions tout à fait analogues (consid. 3).

*Staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür in der Anwendung von Bundesrecht.*

1. Ein Entscheid ist nicht deswegen allein willkürlich, weil er von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes abweicht.

Ist es nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung Willkür, wenn der Rechtsöffnungsrichter die Einrede des mangelnden neuen Vermögens zulässt, die der auf Grund eines Konkursverlustscheins betriebene Schuldner zum ersten Mal vor ihm erhoben hat (SchKG Art. 75, 265 Abs. 2 und 3, Verordnung Nr. 1 zum SchKG)? Frage offen gelassen. (Erw. 2).

2. Ein Richter macht sich der Willkür schuldig, wenn er zwei ganz analoge Fragen verschieden löst (Erw. 3).

*Ricorso di diritto pubblico per applicazione arbitraria del diritto federale.*

1. Un giudizio non è arbitrario per il solo motivo che si diparte dalla giurisprudenza del Tribunale federale.

Incorre nell'arbitrio, alla luce della vigente legislazione, il giudice di rigetto d'opposizione che ammette l'eccezione

dedotta dall'art. 265 cp. 2 LEF, quando il debitore escusso non l'abbia sollevata con l'opposizione? Questione insoluta (art. 75, 265 cp. 2 e 3 LEF; ordinanza N° 1 sui moduli da usarsi in materia d'esecuzione); consid. 2.

2. Il magistrato che giudichi in senso difforme due questioni strettamente analoghe incorre nell'arbitrio (consider. 3).

A. — Dans la faillite d'Eugène de Coulanges, à Genève, l'Office des faillites de cette ville a, le 14 juin 1930, délivré un acte de défaut de biens à la maison Baehler & C<sup>ie</sup>, à Berne, pour une créance de 3399 fr. 60 reconnue par le débiteur.

Fondée sur cet acte de défaut, la créancière a requis, en décembre 1944, une poursuite contre de Coulanges pour le montant indiqué. Le commandement de payer contient, après le rappel du délai d'opposition, la mention imprimée :

« En cas de poursuite intentée en vertu d'un acte de défaut de biens délivré ensuite de faillite, si vous entendez contester le droit du créancier d'exercer des poursuites par le motif que vous n'êtes pas revenu à meilleure fortune, vous devez le déclarer *expressément*, faute de quoi vous serez censé renoncer à invoquer ce moyen. »

Le débiteur a fait opposition, ajoutant que « l'établissement a été repris par M<sup>me</sup> H. de Coulanges ». Le créancier a requis la mainlevée provisoire, en faisant observer que, dans cette procédure, le débiteur n'était plus recevable à exciper du défaut de retour à meilleure fortune et qu'ainsi ce point n'avait pas à être examiné préjudiciellement. Devant le juge de mainlevée, le poursuivi a contesté être revenu à meilleure fortune.

Statuant le 15 février 1945, le juge a rejeté la requête par les motifs suivants :

« L'exception soulevée par de Coulanges apparaît fondée. Le débiteur qui entend contester son retour à meilleure fortune n'est pas tenu de motiver son opposition et le juge saisi d'une demande de mainlevée en procédure sommaire doit rejeter ladite demande si le défendeur soulève ce moyen » (*Semaine judiciaire*, 1933, p. 186). Baehler doit donc être renvoyé à mieux agir. »

La créancière a déféré ce prononcé à la Cour de justice. Par arrêt du 6 mars 1945, celle-ci a déclaré l'appel irrecevable, en considérant ce qui suit :

L'appel n'est recevable que si le jugement rendu en dernière instance consacre une violation de la loi. La décision attaquée est conforme à la jurisprudence de la Cour, inaugurée dans un arrêt Plantand, du 8 février 1921 (*Semaine judiciaire*, 1921, p. 196), qui fit l'objet d'un recours de droit public rejeté par le Tribunal fédéral le 2 juillet 1921. La Cour n'entend pas revenir sur cette jurisprudence, en dépit d'une doctrine et d'une jurisprudence contraires qu'elle a réfutées dans ses arrêts. Elle persiste à considérer qu'au vu des termes de l'art. 75 LP, le débiteur n'est pas obligé de motiver son opposition et qu'on ne saurait le contraindre à le faire lorsque son opposition est fondée sur le défaut de retour à meilleure fortune, la loi sur la poursuite ne prévoyant pas d'exception pour ce cas.

B. — Par le présent recours de droit public, la maison Baehler & C<sup>ie</sup> demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour de justice et le jugement de première instance, de prononcer la mainlevée provisoire de l'opposition et de condamner le débiteur aux émoluments dus pour les instances cantonales. Il prétend que les jugements attaqués « constituent un déni de justice et consacrent une inégalité devant la loi contraires à l'art. 4 CF ». Il expose, en bref, ce qui suit :

Il n'est pas admissible qu'une Cour cantonale ne se conforme pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral et qu'ainsi des questions de droit fédéral soient tranchées d'une façon différente suivant qu'elles le sont par des juges de tel ou tel canton. De fait, le Tribunal cantonal du Valais, dans un arrêt Petitpierre du 7 juillet 1942, a donné à la même question une solution opposée. La jurisprudence du Tribunal fédéral est aujourd'hui fixée en ce sens que le débiteur doit, sous peine de forclusion, invoquer dans son opposition le défaut de retour à meilleure fortune. Cela ressort clairement de la formule officielle du

commandement de payer. D'ailleurs, la Cour de justice, qui sacrifie ici à une interprétation littérale de l'art. 75 LP, a adopté une attitude inverse dans un cas analogue : s'agissant d'une poursuite en réalisation d'un gage mobilier, la Cour a jugé que le débiteur qui veut contester l'existence du gage doit, sous peine de déchéance, le faire en motivant son opposition (*Semaine judiciaire* 1928, p. 81). Or pareille exigence n'est pas non plus posée par la loi. La jurisprudence de la Cour de Genève est donc contradictoire.

C. — Le débiteur de Coulanges a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Il estime que la Cour de justice a fait une saine application de la loi.

*Considérant en droit :*

1. — Le recours de droit public pour arbitraire est un pur moyen de cassation. Dès lors, les conclusions de la recourante ne sont recevables qu'en tant qu'elles visent à l'annulation des jugements attaqués.

2. — L'acte de défaut de biens délivré après faillite n'autorise le créancier à intenter une nouvelle poursuite contre son débiteur que si celui-ci est revenu à meilleure fortune (art. 265 al. 2 LP). L'ancien failli qui s'oppose à la nouvelle poursuite dirigée contre lui en invoquant le défaut de nouvelle fortune conteste en réalité le droit du créancier d'exercer des poursuites, ce que — d'après l'art. 69 ch. 3 LP — il doit faire par la voie de l'opposition. Il est vrai que la loi n'exige nulle part que l'opposition soit motivée. Le contraire semble même résulter de l'art. 75 LP qui dispose que « l'opposant qui a motivé son opposition n'est pas limité dans la suite aux moyens énoncés ». Considérant toutefois qu'une opposition non motivée à une poursuite fondée sur un acte de défaut de biens après faillite peut signifier soit que le débiteur conteste la créance elle-même, soit qu'il nie le retour à meilleure fortune, et qu'ainsi, mis en présence d'une telle opposition, le poursuivant ne sait pas s'il doit agir par la voie de la procédure ordinaire pour faire reconnaître son droit (art. 79 LP) ou par la voie de la procédure

accélérée pour prouver le retour du débiteur à meilleure fortune (art. 265 al. 3 LP), le Tribunal fédéral a fini par juger que le poursuivi qui veut exciper de l'art. 265 al. 2 LP doit le faire sous la forme d'une opposition motivée, faute de quoi il est réputé renoncer à ce moyen (RO 45 III 232 sv.).

En l'espèce, les juridictions genevoises ont statué en sens contraire, en déclarant que le débiteur qui n'avait pas motivé son opposition par le défaut de nouvelle fortune, était encore recevable à soulever l'exception devant le juge de mainlevée. La recourante paraît soutenir que cette opinion est arbitraire du seul fait qu'elle s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cela n'est pas exact. Comme il a déjà souvent été jugé, les principes posés par le Tribunal fédéral dans un arrêt n'ont pas force de loi ; ils ne revêtent que l'autorité inhérente aux motifs retenus à leur appui. Même en face de précédents émanant de la juridiction suprême du pays, les tribunaux cantonaux conservent le droit de reprendre eux-mêmes l'examen d'un point de droit. L'interprétation divergente à laquelle ils s'arrêtent ne pourra être taxée d'arbitraire que si elle est manifestement insoutenable. Dans le cas particulier, la Cour de justice a estimé que, sauf les exceptions formellement prévues par la loi (art. 74 al. 2 LP pour la contestation d'une partie de la dette, 178 LP concernant la poursuite pour effets de change), il faut s'en tenir au principe que l'opposition n'a pas besoin d'être motivée, principe qui découle de l'art. 75 LP. Or la Cour de droit public a déjà eu l'occasion de dire que cette opinion peut se défendre par des « arguments objectifs et sérieux » (arrêt non publié, du 2 juillet 1921, en la cause Jay c. Plantand). C'est en vain que la recourante signale que, dans d'autres cantons, les tribunaux se conforment en cette matière à l'opinion du Tribunal fédéral. Du moment que, pour les causes de mainlevée, ainsi que pour les procès de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse n'atteint pas 4000 fr., le législateur fédéral n'a pas prévu de voie de recours ordinaire, il a accepté que la juris-

prudence puisse offrir de canton à canton de pareilles contradictions.

A vrai dire, on pourrait se demander si la situation n'est pas différente aujourd'hui de ce qu'elle était en 1921 lorsque la Cour de droit public a rendu l'arrêt Jay précité. En effet, depuis 1922, la formule du commandement de payer contient la mention relative à l'obligation pour le débiteur, qui fait opposition à une poursuite fondée sur un acte de défaut de biens délivré ensuite de faillite, d'invoquer, sous peine de déchéance, l'absence de nouvelle fortune. Cette mention a été introduite lors de la révision des formules de poursuite établies par l'ordonnance I du Conseil fédéral du 18 décembre 1891, révision dont le Tribunal fédéral, investi depuis 1896 du pouvoir de haute surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite, avait chargé la Chambre des poursuites et des faillites (cf. rapport de gestion pour l'année 1921, Feuille fédérale 1922, p. 428). Mais la recourante, qui se prévaut de l'avis comminatoire figurant dans le commandement de payer adressé au débiteur, ne prétend pas que cet avis aurait force de loi en ce sens qu'il serait prescrit dans une « ordonnance d'exécution nécessaire » selon l'art. 15 al. 2 LP, soit dans l'ordonnance I du Conseil fédéral révisée en 1921 par la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral. A cet égard, le recours n'est pas motivé comme le prescrit l'art. 90 al. 1 litt. b OJ. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si, en déboutant la créancière, les juridictions cantonales auraient méconnu une règle formelle applicable au litige, ce qui serait arbitraire. Au demeurant, cet examen eût de toute façon été superflu, car le recours de la créancière doit être admis pour un autre motif.

3. — C'est, en effet, à juste titre que la recourante reproche à la Cour de justice de se mettre en contradiction avec elle-même. En matière de poursuite en réalisation d'un gage mobilier, ladite Cour a jugé, en invoquant la doctrine et la jurisprudence, que le débiteur qui entend contester le droit de gage doit l'indiquer en motivant son opposition,

faute de quoi il sera réputé avoir admis l'existence de ce gage (arrêt Petitpierre du 29 novembre 1927, Semaine judiciaire 1928 p. 86, arrêt qui rappelle un précédent du 11 octobre 1927 en la cause Guerra). L'arrêt en question se réfère au commentaire de JAEGER, édit. franç., vol. III, p. 168 note 2 à l'art. 75 LP, ainsi qu'aux « arrêts cités par cet auteur ». En réalité, le commentateur visé ne fait état que de l'art. 85 de l'ordonnance sur la réalisation des immeubles, qui dispose : « Lorsque le débiteur fait opposition au commandement de payer, cette opposition, sauf mention contraire, sera censée se rapporter à la créance seulement et non au droit de gage. » La Cour cantonale paraît toutefois vouloir se fonder non sur cette disposition, qui serait applicable par analogie à la poursuite en réalisation d'un gage mobilier (cf. en ce sens un arrêt postérieur du Tribunal fédéral, RO 57 (1931) III 21, qui s'appuie sur la mention figurant dans l'exemplaire du commandement de payer destiné au débiteur : « Opposition... Le droit de gage est réputé reconnu s'il n'est pas expressément contesté dans l'opposition »), mais sur des décisions de jurisprudence. Or, de ce point de vue, on ne comprend pas que les motifs invoqués contre la déchéance du droit d'exécuter du défaut de nouvelle fortune n'aient pas naguère aussi amené la Cour de justice de Genève à permettre au débiteur, qui s'est borné à faire opposition, de contester le gage dans la procédure ultérieure.

Les deux cas présentent la plus grande analogie. Ce qui a décidé le Tribunal fédéral à édicter l'art. 85 ORI, c'est la considération que l'opposition au commandement de payer dans une poursuite en réalisation de gage ne saurait laisser le créancier dans l'incertitude quant au point de savoir si le débiteur conteste la créance ou le gage ou encore l'un et l'autre, attendu que, suivant le cas, le poursuivant aura à prendre d'autres mesures pour faire lever l'opposition. Or c'est pour des raisons en tout semblables que la jurisprudence du Tribunal fédéral a exigé du débiteur poursuivi en vertu d'un commandement de payer

dé livré ensuite de faillite qu'il conteste dans l'opposition son retour à meilleure fortune (cf. consid. 2). La Cour de justice de Genève, qui reconnaît la pertinence de ces raisons dans la première hypothèse, ne saurait, sans commettre arbitraire, la nier dans la seconde. L'exigence d'une opposition motivée ne peut être, dans un cas, compatible avec l'art. 75 LP, et ne point l'être dans l'autre. La déchéance du droit d'invoquer l'art. 265 al. 2 LP, faute de mention dans l'opposition, apparaît d'autant plus justifiée que, non seulement la question du retour à meilleure fortune doit faire l'objet d'une procédure spéciale, la procédure accélérée de l'art. 265 al. 3 LP, mais que, en exerçant une poursuite basée sur un acte de défaut de biens délivré après faillite, le créancier manifeste qu'il tient son débiteur pour revenu à meilleure fortune (RO 45 III p. 234). Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice, relative à l'obligation pour le débiteur poursuivi en réalisation d'un gage mobilier de contester le gage dans l'opposition, semble bien établie. Elle est encore rappelée dans l'arrêt Wuille du 10 septembre 1932 (Semaine judiciaire 1933, p. 189), dont font état les jugements attaqués. Cette pratique est raisonnable et elle a été dans l'intervalle sanctionnée par le Tribunal fédéral (cf. l'arrêt déjà cité RO 57 III 21). La Cour cantonale ne serait donc pas fondée à s'en écarter pour se ranger à la solution adoptée en matière de contestation de nouvelle fortune.

Dans ces conditions, la Cour de justice ne pouvait échapper au reproché d'inconséquence et, partant, d'arbitraire qu'en réformant, pour fausse application de la loi, le prononcé du premier juge qui avait admis le débiteur à invoquer dans l'instance de mainlevée le défaut de nouvelle fortune.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce*

Le recours est admis et les jugements attaqués sont annulés.

## II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Vgl. Nr. 40. — Voir n° 40.

## III. NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

### LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

#### 38. Auszug aus dem Urteil vom 28. Mai 1945 i. S. Kanton Wallis gegen Kanton Zürich.

*Niederlassungsfreiheit, interkantonaies Armenrecht.*

Bei bloss vorübergehender Unterstützungsbedürftigkeit des Niedergelassenen ist der Wohnkanton zu dessen Unterstützung verpflichtet, ohne gegenüber dem Heimatkanton einen Anspruch auf Heimtschaffung oder Ersatz seiner Auslagen zu haben; Bestätigung der Rechtsprechung (Erw. 2).

Recht des Heimatkantons, sich einer ungerechtfertigten Heimtschaffung wegen Verarmung durch staatsrechtliche Klage (Art. 83 lit. b OG) zu widersetzen (Erw. 1).

*Liberté d'établissement. Assistance publique intercantonale.*

En cas d'indigence passagère de la personne établie, le canton du domicile est tenu de l'assister, sans pouvoir exiger le rapatriement de l'indigent ou le remboursement des frais occasionnés. Confirmation de la jurisprudence. (Consid. 2.)

Faculté du canton d'origine de s'opposer par une demande de droit public au renvoi injustifié pour cause d'indigence (art. 83 lettre b OJ). (Consid. 1.)

*Libertà di domicilio; assistenza pubblica intercantonale.*

In caso di bisogno d'assistenza di natura temporanea, il cantone di domicilio è obbligato ad assistere il domiciliato senza poter esigerne il rimpatrio o chiedere il rimborso delle sovvenzioni; giurisprudenza confermata (consid. 2).

Diritto del cantone d'insorgere contro un rimpatrio ingiustificato dell'indigente, mediante azione di diritto pubblico: art. 83 lett. b OGF (consid. 1).

*Aus dem Tatbestand:*

A. — Die in Biel-Goms (Kt. Wallis) heimatberechtigte Konstanze Zeiter hat sich Mitte August 1944 in Zürich niedergelassen. Am 7. November 1944 wurde sie wegen