

Partei vor Gerichten oder Behörden anstrengt, Unentgeltlichkeit zu bewilligen. Ein Anspruch auf Einräumung des Armenrechts besteht nur insoweit, als die arme Partei im Falle der Verweigerung in ihrem verfassungsmässigen Rechte auf staatlichen Rechtsschutz verkürzt würde (vgl. BGE 63 I 209). Unter diesem Gesichtspunkt ist es von jeher als zulässig erklärt worden, das Armenrecht für Prozesse auszuschliessen, die sich schon bei vorläufiger Vorprüfung als aussichtslos erweisen, wo staatlicher Schutz also zwecklos wäre. In gleicher Weise braucht unentgeltliche Prozessführung nicht bewilligt zu werden für Verfahren, die nach Gesetz mit Kosten und Vorschüssen verbunden sind, wenn der Staat seinen Schutz in einem anderen Verfahren unter genügenden Garantien kostenfrei gewährt. Soweit alternativ oder kumulativ verschiedene Verfahren zur Verfügung stehen, darf die arme Partei auf das für sie kostenfreie Verfahren verwiesen und auch darauf beschränkt werden. Ihrem Anspruch auf staatlichen Schutz ist genügt, wenn ihre Rechte und Interessen in einem der zur Verfügung stehenden Verfahren auf ihre Berechtigung geprüft werden.

3. — Da nach der zürch. StrPO Vergehen allgemein auf Anzeige hin von Amtes wegen verfolgt werden in einem Verfahren, das für den Geschädigten grundsätzlich kostenfrei ist und das alle Garantien sachlicher Erledigung der Strafanzeige darbietet, kann eine Verweigerung staatlichen Schutzes darin nicht liegen, dass die Zürcher Praxis dem Geschädigten Unentgeltlichkeit für die Privatstrafklage nach § 46 StrPO nicht bewilligt. Dem Anspruch auf staatlichen Schutz ist mit der Prüfung der Strafanzeige des Geschädigten im Officialverfahren genügt. Wenn § 46 in Fällen, wo eine Anzeige nicht an die Hand genommen oder eine Strafuntersuchung eingestellt worden ist, dem Geschädigten die Möglichkeit einer Privatstrafklage einräumt, so geschieht es unter der Voraussetzung, dass dem Staate, der die Sache bereits untersucht hat, und dem Prozessgegner, der schon in die amtliche Untersuchung einbezogen

war, keinerlei Schaden erwachse, und dass der Privatstrafkläger für Prozesskosten und Entschädigung im voraus volle Sicherheit leiste. Mit dieser Ordnung wäre die Bewilligung der Kostenfreiheit für die arme Partei nicht zu vereinbaren. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt, dass jedermann, der dieses ausserordentliche Verfahren durchführen will, also auch der Bedürftige, den Voraussetzungen genüge, unter denen der Staat und die Gegenpartei auf Grund von § 46 nach Durchführung des Officialverfahrens noch in Anspruch genommen werden dürfen.

Der Entscheid Kunz (BGE 62 I S. 1 ff.), auf den sich der Rekurrent berufen möchte, bezieht sich auf einen Fall, wo dem Geschädigten überhaupt nur die Privatstrafklage zur Verfügung stand.

Vgl. auch Nr. 8. — Voir aussi n° 8.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

3. Arrêt du 19 janvier 1940 dans la cause *Schneiter et S. I. Clair-Matin* contre Genève.

Police des constructions.

L'interdiction d'installer dans un immeuble de nouveaux magasins uniquement en raison de l'existence dans le voisinage de magasins du même genre sort du pouvoir de police des cantons et viole de ce fait l'art. 31 CF.

Les restrictions de police au droit de construire ne sont d'ailleurs pas non plus conciliables avec cette disposition si le but qu'elles se proposent pourrait aussi bien être atteint par des mesures qui n'entraveraient pas ou entraveraient moins les citoyens dans l'exercice de leur profession ou de leur industrie.

Baupolizei.

Die kantonale Baupolizei überschreitet ihre Befugnisse und verletzt Art. 31 BV, wenn sie die Errichtung eines neuen Geschäftes auf einer Liegenschaft nur deswegen verbietet, weil sich in der Nachbarschaft bereits Verkaufsläden derselben Art befinden.

Baupolizeiliche Beschränkungen sind übrigens mit Art. 31 BV nicht vereinbar, wenn der von ihnen erstrebte Zweck sich in gleicher Weise durch Massnahmen erreichen lässt, die den Bürger in der Ausübung seines Berufes oder Gewerbes nicht oder nicht in gleichem Grade einschränken.

Polizia edilizia.

Il divieto di istallare in uno stabile negozi unicamente pel fatto che esistono nelle vicinanze negozi del medesimo genere esorbita dalle competenze dei cantoni in materia di polizia e viola quindi l'art. 31 CF.

Le restrizioni previste dalla polizia edilizia non sono del resto conciliabili con l'art. 31 CF se lo scopo che si prefiggono potrebbe essere raggiunto con provvedimenti che non ostacolerebbero in minor grado l'esercizio di una professione o di un'industria da parte dei cittadini.

A. — Aux termes de l'art. 3 al. 1^{er} de la loi genevoise sur les constructions et les installations (LCI), « le Département des travaux publics peut interdire ou n'autoriser que sous réserve de modification toute nouvelle construction qui, soit par ses dimensions, soit par sa situation, soit par son aspect extérieur, peut nuire au caractère ou à l'intérêt d'un quartier, d'une rue ou d'un chemin, d'un site naturel ou de points de vue accessibles au public ».

Une loi du 10 octobre 1936 concernant l'établissement d'arcades commerciales (terme usité à Genève pour désigner des locaux commerciaux donnant directement sur la rue) contient les dispositions suivantes :

« Article premier. — En complément de l'art. 3 de la loi sur les constructions et installations diverses, du 9 mars 1929, modifiée les 4 mai 1933 et 2 juin 1934, le Département des travaux publics interdira l'établissement d'arcades commerciales dans de nouvelles constructions ou la transformation d'anciennes constructions en vue de l'établissement de nouvelles arcades commerciales, dans le cas où des raisons d'esthétique s'opposeraient à ces constructions ou transformations ou si, en raison des locaux commerciaux existant dans le voisinage, il ne convient pas d'en autoriser de nouveaux. Avant de donner toute autorisation pour la construction de locaux commerciaux, il demandera le préavis des communes intéressées,

du Département du commerce et de l'industrie et des associations de commerçants.

» Art. 2. — Les reconstructions de quartiers ne sont pas soumises aux présentes dispositions ; cependant, il devra être tenu compte, dans l'établissement des plans d'aménagement de la situation du commerce à Genève et du préavis des associations de commerçants. — La présente loi portera ses effets jusqu'au 31 décembre 1939 et pourra être prorogée par le Grand Conseil. »

Le 12 juillet 1939, le Grand Conseil a adopté une loi prorogeant jusqu'au 31 décembre 1942 la loi du 10 octobre 1936 et a prévu la possibilité d'une nouvelle prorogation après cette date. Aucune demande de referendum n'ayant été formulée, le Conseil d'Etat a, le 23 août 1939, promulgué la loi du 12 juillet 1939.

B. — La S. I. Clair-Matin B avait obtenu le 2 février 1939 l'autorisation de construire au Chemin de Contamines n° 19 un immeuble locatif ne comprenant que des appartements. Mais, dans une requête du 27 février 1939, elle demanda la permission de transformer en magasin l'une des pièces d'un appartement du rez-de-chaussée. Elle exposait que cette transformation lui avait été demandée par D^{lle} Schneiter, à laquelle elle avait loué l'appartement en question. La locataire se proposait d'exploiter dans ce magasin un commerce de tabacs, papeterie et journaux.

Sur préavis défavorable du Département du commerce et de l'industrie et de la Fédération genevoise des sociétés de détaillants, le Département des travaux publics refusa d'autoriser la transformation projetée. Les recours de la S. I. Clair-Matin contre cette décision furent successivement rejetés par la Commission de recours instituée par la LCI et par le Conseil d'Etat.

C. — La S. I. Clair-Matin B, d'une part, et D^{lle} Schneiter, d'autre part, ont adressé au Tribunal fédéral deux recours de droit public tendant à l'annulation de la loi genevoise du 12 juillet 1939 qui prorogeait celle du 10 octobre 1936 concernant l'établissement d'arcades commerciales. Pour

les recourants, la loi attaquée est contraire à l'art. 31 CF, car elle permet d'interdire l'établissement de nouvelles arcades commerciales afin de protéger les commerçants installés dans le voisinage. La genèse de la loi montre qu'elle a été édictée pour des motifs d'économie publique. Son but est de venir en aide au petit commerce en limitant le nombre des exploitations. Elle tend ainsi à favoriser certaines classes de citoyens au préjudice d'autres classes.

D. — L'Etat de Genève a conclu à l'irrecevabilité et subsidiairement au rejet du recours. Il présente en résumé les observations suivantes :

La loi attaquée constitue un simple complément momentané de la LCI, dont la constitutionnalité n'a jamais été discutée. Elle ne déborde pas du cadre des pouvoirs accordés aux cantons par l'art. 702 CC. Ses dispositions s'harmonisent parfaitement avec le caractère général de la LCI qui réglemente toute la police des constructions. Cette dernière loi permet d'interdire une construction pour de simples motifs d'ordre esthétique, de limiter la hauteur des constructions et, d'une manière générale, d'obliger le propriétaire à se conformer aux diverses règles d'urbanisme. On ne voit pas pourquoi les pouvoirs publics, qui pourraient valablement interdire la construction d'arcades dans une région déterminée, dans un quartier ou dans une rue, ne pourraient pas à fortiori limiter le nombre des arcades lorsque celui-ci est excessif. Cette limitation est dictée par l'intérêt public qui s'oppose à ce qu'on continue de voir, à Genève, dans certaines rues ou certains quartiers, de longues séries de locaux non utilisés et, de ce fait, sales et mal entretenus. Les incidences économiques des nouvelles prescriptions relatives aux arcades — incidences qui peuvent être moins importantes que celles de certaines interdictions fondées sur des motifs d'esthétique — répondent au désir de toute la population commerçante de Genève. Elles ne suffisent pas à conférer à des dispositions de police un caractère économique qui violerait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Au reste, les

pouvoirs fédéraux ont, à plusieurs reprises, donné l'exemple en montrant que, dans l'intérêt supérieur du pays, la règle générale de l'art. 31 CF ne peut et ne doit pas toujours être interprétée *stricto sensu*.

Extrait des motifs :

L'art. 31 consacre le régime de la libre concurrence (RO 59 I 61 et les arrêts cités). Cela signifie en première ligne qu'on ne peut interdire à une personne l'exercice d'une profession ou d'une industrie pour le seul motif qu'elle ferait concurrence à des entreprises existantes, leur enlèverait des clients, diminuerait leurs recettes ou rendrait même leur exploitation impossible. L'art. 31 litt. e permet à la vérité aux cantons d'édicter des dispositions touchant l'exercice des professions commerciales et industrielles, mais il prévoit en même temps que ces dispositions ne peuvent rien renfermer de contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne peut dès lors s'agir que de mesures de police destinées à empêcher que la sécurité, la tranquillité, la moralité et la santé publiques ne soient compromises par la façon dont une profession est exercée, ou à lutter contre les atteintes portées à la bonne foi dans les affaires par des procédés déloyaux destinés à tromper le public. Ces mesures ne doivent pas avoir pour but d'entraver le libre jeu de la concurrence et de corriger ses effets (RO 63 I 220 ; 59 I 111 ; 51 I 108).

Au regard de ces principes, il apparaît d'emblée que la loi genevoise du 10 octobre 1936, prorogée par celle du 12 juillet 1939, est directement contraire à l'art. 31 CF dans toute la mesure où elle permet à l'autorité d'interdire l'installation de nouveaux magasins, uniquement en considération des magasins déjà existants dans le voisinage. Car une telle disposition n'a d'autre but que de parer aux effets de la libre concurrence. Elle va au delà même d'une disposition soumettant le commerce de détail à la clause dite de besoin, car la seule présence d'un autre magasin dans le quartier permet, quelles que soient les nécessités

locales, d'interdire l'ouverture d'une nouvelle arcade. Or la clause de besoin est déjà incompatible avec la liberté du commerce et de l'industrie et les cantons ne peuvent l'introduire pour les auberges qu'en vertu d'une disposition spéciale de la Constitution fédérale. De fait, la disposition attaquée ne vise pas à autre chose qu'à protéger le commerce de détail par la limitation de la concurrence. Cela ressort de son texte même. Les rapports présentés au Grand Conseil et les discussions qui ont eu lieu lors de l'élaboration de la loi de 1936 et de sa prorogation prouvent qu'on avait en vue un but purement économique. En déposant le projet qui est à l'origine de la loi, le député Duboule disait notamment :

« La multiplication du nombre des commerces dans le canton de Genève est devenue une des causes principales de la crise très sérieuse que subit le commerce de détail à Genève... Toutes les associations de commerçants sans exception se sont trouvées d'accord pour que l'on cesse de créer de nouveaux commerces et de nouvelles arcades... »

Et dans le rapport présenté à l'occasion de la prorogation de la loi, on lit ce qui suit :

« La situation du petit et moyen commerce ne s'est malheureusement pas améliorée. C'est lui porter un secours direct que de limiter encore le nombre des arcades commerciales. » (cf. en outre Mémorial n° 17 du 3 octobre 1936, p. 1122 et sv. ; n° 18 du 10 octobre 1936, p. 1170 et sv.).

L'inconstitutionnalité de la disposition attaquée ne saurait naturellement disparaître du fait qu'elle a été incorporée dans une loi relative à la police des constructions. Sans doute les cantons ont-ils — en vertu d'ailleurs de leur souveraineté et non de l'art. 702 CC qui n'a qu'un caractère déclaratif (cf. RO 64 I 208) — le droit d'édicter des règles sur la police des constructions, mais ils doivent en le faisant respecter les principes de la Constitution fédérale qui restreignent leur souveraineté. Des règles de police, notamment en matière de constructions, peuvent évidemment avoir des répercussions économiques sans pour cela se heurter à l'art. 31 CF. Mais cette garantie constitu-

tionnelle défend d'introduire dans un règlement de police des dispositions visant uniquement à limiter la liberté du commerce et de l'industrie. D'ailleurs des restrictions relevant effectivement de la police des constructions ou de l'urbanisme ne sont pas non plus conciliables avec l'art. 31 CF lorsque le but qu'elles se proposent pourrait aussi bien être atteint par des mesures qui n'entraveraient pas ou entraveraient moins les citoyens dans l'exercice de leur profession ou de leur industrie. L'Etat de Genève ne saurait à cet égard prétendre justifier l'interdiction d'ouvrir de nouvelles arcades par la préoccupation d'éviter l'aspect fâcheux que pourrait donner à certaines rues ou à certains quartiers un trop grand nombre de magasins inoccupés et, pour cette raison, sales et mal entretenus. Il est évidemment possible, en effet, d'assurer par des mesures de police appropriées un entretien convenable des locaux inoccupés et de leurs abords. A supposer même que les pouvoirs publics puissent prendre, dans le cadre de la police des constructions, des mesures destinées à concentrer davantage dans certaines rues ou dans certains quartiers la vie commerciale de la ville, il reste que la disposition attaquée permet d'interdire l'installation de nouveaux locaux commerciaux non seulement pour des motifs esthétiques, mais aussi — et c'est là son but principal — en raison uniquement des magasins déjà existants dans le voisinage, abstraction faite de toute autre considération. C'est en quoi la disposition attaquée est inconstitutionnelle.

L'Etat de Genève se prévaut, dans sa réponse, des restrictions qui ont été apportées à plusieurs reprises par les pouvoirs fédéraux à la liberté du commerce et de l'industrie. Mais, en dehors des cas où la constitutionnalité d'un acte législatif échappe à son examen, le Tribunal fédéral ne peut, lorsqu'il est régulièrement saisi, qu'appliquer aussi longtemps qu'elles restent en vigueur les dispositions de la Constitution fédérale. Il convient au surplus de relever que, lors des délibérations relatives à l'arrêté sur les grands magasins et magasins à prix uniques, les Chambres fédérales ont repoussé une proposition tendant à la limitation

du commerce de détail en général, après que l'on eut fait valoir qu'une telle mesure serait en contradiction si absolue avec le principe de la libre concurrence qu'elle en impliquerait l'abandon définitif et qu'il était au surplus fort douteux qu'une telle mesure fût de nature à recueillir l'assentiment du peuple (cf. Bull. sténog. C. N. 1933, pp. 687/8, 692/3, 698/9). Cela montre que la solution à donner à l'espèce ne dépend en aucune façon d'une interprétation plus ou moins large de l'art. 31 CF, interprétation qui pourrait éventuellement s'inspirer de l'évolution des idées et des tendances en matière de liberté de commerce et d'industrie.

Le fait que la loi attaquée doit avoir en principe une durée limitée ne saurait la mettre à l'abri du grief d'inconstitutionnalité, à supposer d'ailleurs que cette limitation dans la durée ne soit pas rendue vaine par des prorogations successives que la loi du 12 juillet 1939 réserve expressément. En effet, le droit pour les cantons de déroger momentanément, en raison de circonstances exceptionnelles, à l'art. 31 CF ne pourrait découler lui-même que d'une disposition constitutionnelle fédérale qui apporterait dans ce sens une restriction à la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet les recours, en ce sens que la loi du 10 octobre 1936 concernant l'établissement d'arcades commerciales, prorogée par la loi du 12 juillet 1939, est annulée dans la mesure où elle permet d'interdire, en raison des locaux commerciaux existant dans le voisinage, l'établissement d'arcades commerciales dans de nouvelles constructions ou la transformation d'anciennes constructions en vue de l'établissement de nouvelles arcades.