

sei, richte, nicht aber gegen einen dritten Erwerber. Diese Auffassung entspricht der im Entscheide BGE 40 II 452 ff. mit sehr eingehenden Erwägungen begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts. Ob allerdings die Prüfungsbefugnis des Grundbuchführers, zumal einer behördlichen Verfügung auf Eintragung gegenüber, sich auf die materiellrechtliche Begründetheit des Begehrens erstreckt, mag fraglich erscheinen. Die Streitfrage kann hier offen bleiben; denn auf alle Fälle muss dem Grundbuchführer das Recht zustehen, nicht nur die Kompetenz der verfügenden Behörde zu überprüfen, sondern auch zu untersuchen, ob die Verfügung gegen die richtige Person gerichtet ist. Als grundbuchrechtlich passiv legitimiert kommt aber auf keinen Fall der frühere Eigentümer in Frage, der das zu belastende Grundstück im Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits einem Dritten verkauft hat. In diesem Falle kann der Eintrag nur gegen den neuen Eigentümer bewilligt werden. Letzteres ist hier nicht geschehen. Laut der Verfügung des Kreisamtes vom 3. Mai 1947 war das Eintragungsbegehren gegen den Bauschuldner und früheren Grundeigentümer Morini gerichtet; der derzeitige Eigentümer der zu belastenden Liegenschaft, Schätti, ist überhaupt nicht begrüsst worden und hat keine Mitteilung der Verfügung erhalten. Auch von der abweisenden Verfügung des Grundbuchamtes erhielt er keine Abschrift. In der Eingabe des Antragstellers an den Kleinen Rat ist dann zwar die Beschwerde als gegen die « Abweisung der Anmeldung zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gegen Herrn Franco Morini ... bzw. Herrn Edwin Schätti ... » gerichtet bezeichnet. Dies widerspricht jedoch den Tatsachen des Verfahrens vor Kreisamt und Grundbuchamt; und auch vor dem Kleinen Rat trat der neue Eigentümer in keiner Weise in Erscheinung und erhielt auch keine Mitteilung vom Entscheid. Unter diesen Umständen hätte der Grundbuchführer die Eintragung auf alle Fälle ablehnen müssen, also auch dann, wenn er sich zur Prüfung der Frage, ob sich der Anspruch des Bau-

handwerkers auch gegen den Dritterwerber der Liegenschaft richte, nicht zuständig betrachtet hätte. Um diesen Anspruch — sein Bestehen vorausgesetzt — durchsetzen zu können, hätte der Gläubiger sein Begehren um Eintragung gegen den neuen Eigentümer richten müssen. Ob der Beschwerdeführer dies nachträglich noch tun kann, oder ob ihm der Ablauf der Dreimonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB entgegengehalten werden kann, ist hier nicht zu entscheiden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### III. SCHWEIZERBÜRGERRECHT

#### NATIONALITÉ SUISSE

#### 41. Extrait de l'arrêt du 9 mai 1947 dans la cause A. contre Département fédéral de justice et police.

*Nationalité.* La dispense *super matrimonio rato et non consummato*, institution de droit canonique reconnue par la législation civile italienne, n'a pas pour effet de faire recouvrer sa nationalité d'origine à la Suisse qui a contracté un mariage avec un Italien.

*Schweizerbürgerrecht.* Eine Schweizerin, die mit einem Italiener eine gültige Ehe eingegangen ist, hat das Schweizerrecht verloren, auch wenn die Ehe später nach italienischem Recht durch päpstlichen Dispens *super matrimonio rato et non consummato* aufgelöst wird.

*Cittadinanza svizzera.* La dispensa *super matrimonio rato et non consummato* (istituto di diritto canonico riconosciuto dalla legislazione civile italiana) non ha per effetto di far riottenere la cittadinanza svizzera alla donna svizzera che si è unita in matrimonio con un Italiano.

*Résumé des faits:*

Demoiselle A., de nationalité suisse, a épousé, le 5 mai 1941, un ressortissant italien. Ce mariage a fait l'objet

d'une dispense *super matrimonio rato et non consummato*, prononcée par rescrit pontifical, ce dont la Sacrée Congrégation des Sacrements donna acte aux intéressés le 22 janvier 1944. Conformément à l'art. 34 du Concordat conclu entre le Saint-Siège et l'Italie le 11 février 1929 et l'art. 17 de la loi italienne du 27 mai 1929, le décret de la Sacrée Congrégation des Sacrements a été transmis à la cour d'appel de Rome qui en a ordonné l'exécution et l'inscription dans le registre de l'état civil.

Demoiselle A. a demandé alors qu'on lui délivre un passeport suisse, en soutenant que le rescrit de dispense équivalait à une annulation de son mariage et qu'elle n'avait donc pas perdu la nationalité suisse.

Le Département fédéral de justice et police a refusé de faire droit à la requête. Tout en admettant que la dispense de mariage devait être prise en considération en Suisse, du moment que la législation civile italienne lui reconnaissait des effets civils en Italie, pour avoir été déclarée exécutoire par la Cour d'appel compétente, le Département estimait qu'elle n'avait produit ses effets que *ex nunc*, c'est-à-dire qu'à partir du moment où elle avait été prononcée et qu'ainsi la requérante était demeurée au bénéfice de la nationalité qu'elle avait acquise par son mariage. Selon le Département cette solution s'imposait tant au regard du droit canonique qu'au regard du droit italien, car s'il est vrai que la jurisprudence italienne assimile la dispense à l'annulation, laquelle produit des effets *ex tunc*, elle apporte toutefois une exception à cette règle lorsque le mariage a été conclu de bonne foi, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un mariage putatif dans le sens de l'art. 126 du code civil, ce qui était le cas en l'espèce.

Contre cette décision Demoiselle A. a interjeté un recours de droit administratif. Elle a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral annuler la décision du Département et dire qu'elle possède la nationalité suisse.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

### Extrait des motifs :

... 2. — L'art. 34 du Concordat conclu entre le Saint-Siège et l'Italie le 11 février 1929 dispose ce qui suit : « Les causes concernant la nullité du mariage et la dispense du mariage ratifié et non consommé sont réservées à la compétence des tribunaux et des dicastères ecclésiastiques. Les décisions et les sentences sur la question, quand elles sont devenues définitives, seront portées au Suprême Tribunal de la Signature, lequel s'assurera si l'on a respecté les règles du droit canonique relatives à la compétence du juge, à la citation et à la légitime représentation ou au défaut des parties. Lesdites décisions et sentences définitives, avec les décrets y afférents du Suprême Tribunal de la Signature, seront transmises à la Cour d'appel de l'Etat compétente à raison du territoire, laquelle par une ordonnance rendue en Chambre du Conseil, les rendra exécutoires pour les effets civils et ordonnera qu'elles soient notées sur les registres de l'état civil, en marge de l'acte de mariage. »

En exécution de ces stipulations, il a été inséré dans la loi du 27 mai 1929 un article 17 conçu dans les termes suivants : « La décision du Tribunal ecclésiastique qui prononce la nullité de mariage ou la mesure par laquelle est accordée la dispense du mariage régulièrement contracté et non consommé, une fois que sera intervenu le décret du Suprême Tribunal de la Signature prévu par l'art. 34 du Concordat avec le Saint-Siège, sont présentées en forme authentique à la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est située la commune où a été transcrit l'acte de mariage. La Cour d'appel, par une ordonnance rendue en Chambre du Conseil, rend exécutoire la sentence d'annulation ou l'autorisation de dispense du mariage célébré devant un ministre du culte catholique et transcrit sur le registre de l'état civil et en ordonne l'annotation en marge de l'acte de mariage. »

L'art. 18 vient compléter ces prescriptions en décidant

que « l'art. 116 (devenu plus tard 126, actuellement 128) du code civil concernant le mariage putatif est applicable au cas d'annulation de la transcription du mariage ainsi que dans celui où la sentence qui prononce la nullité d'un mariage célébré devant un ministre du culte catholique a été rendue exécutoire en vertu de l'art. 17 ».

Il résulte de ces dispositions que la dispense canonique du mariage constitue actuellement en Italie, tout au moins pour des époux mariés devant un ministre du culte catholique et moyennant l'accomplissement des formalités prévues par la loi du 27 mai 1929 (formalités accomplies en l'espèce) un mode de dissolution ou d'annulation du mariage reconnu par la législation civile. Les règles qui régissent cette institution font donc partie du statut personnel des époux et c'est à elles qu'il faut normalement se reporter pour juger de ses effets.

Ainsi qu'on l'a relevé aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, la loi italienne n'a pas tranché expressément la question des effets de la dispense du mariage ratifié et non consommé (cf. JEMOLO, *Il matrimonio*, p. 314 ; arrêts de la Cour de cassation italienne du 15 janvier 1937, n° 104, *Foro italiano* 1937 p. 450 et suiv., et du 14 juillet 1938 n° 2442, *Foro italiano* 1939 p. 494 et suiv.). Selon l'opinion exprimée par la Cour de cassation dans ces deux arrêts, il y aurait lieu, dans le mutisme de la loi civile, d'appliquer par analogie au mariage qui a fait l'objet d'une dispense les règles concernant les mariages annulés. Devrait-on se ranger à cette opinion, il en résulterait en l'espèce que la recourante devrait être réputée n'avoir pas été mariée et aurait par conséquent conservé la nationalité suisse (cf. RO 68 I 62 ; arrêt non publié Hediger du 15 septembre 1944). Mais cette jurisprudence, outre qu'elle a été combattue en Italie même (cf. JEMOLO, loc. cit. ; SCHIAPPOLI, note sur l'arrêt du 14 juillet 1938, loc. cit.), ne saurait être considérée comme décisive en l'espèce, car ce dont il s'agissait dans les deux arrêts précités, c'était uniquement de décider des effets de la dispense sur les rapports pécu-

niaires des époux (donation faite à la femme en vue du mariage, propriété des fruits des revenus des biens dotaux, droits et obligations des époux à l'égard du fisc), et si l'on comprend qu'en pareille matière la Cour de cassation ait hésité à faire dater les effets de la dispense du jour seulement où elle a été accordée par le rescrit pontifical ou encore de celui où ce rescrit a été déclaré exécutoire par la Cour d'appel, cela ne signifie nullement qu'elle trancherait de la même façon la question de l'effet de la dispense sur la nationalité de la femme, car les considérations par lesquelles elle a justifié sa décision n'auraient ni la même pertinence ni la même portée en matière de nationalité. En l'absence d'une disposition expresse de la législation italienne ou d'une règle posée par la jurisprudence, il est donc légitime de chercher la solution du problème dans le droit auquel la dispense a été empruntée, c'est-à-dire dans le droit canon, et cela d'autant plus que, selon l'opinion générale, sous réserve des formalités de l'exequatur, l'institution a été adoptée par le législateur civil sans aucune modification (cf. SCHIAPPOLI, loc. cit. p. 495, JEMOLO, loc. cit. p. 314). Or, d'après la doctrine unanime (cf. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II n° 1322, 3<sup>e</sup> édit. ; WERNZ-VIDAL, *Jus canonicum*, t. V, *Jus matrimoniale*, n° 625 et suiv. ; CAPELLO, *Tractatus can.-moralis de sacramentis*, vol. III n° 756), la dispense diffère de l'annulation en ce sens précisément qu'elle suppose un mariage valable, tout au moins au regard du droit canonique, et elle en prononce la *dissolution* (« *matrimonium dissolvitur* », canon 1119). Le mariage n'est donc dissous que du jour seulement où elle est accordée (« *a temporis momento quo in die audientiae Summus Pontifex dispensationem concedit* », *Regulae servandae* n° 103) et jusqu'alors il produit tous les effets d'un mariage valable. Pour ce qui est des effets civils de la dispense, il est donc naturel de les faire dater du jour où la dispense a été rendue exécutoire par la Cour d'appel, sinon même du jour où elle a été accordée.

Il semble bien du reste qu'en principe en tout cas le législateur italien n'ait pas entendu attribuer à la dispense des effets plus étendus qu'elle n'en a en droit canonique. En effet, tandis que, par exemple, l'art. 17 de la loi du 27 mai 1929 institue la même procédure pour donner force exécutoire aux sentences ecclésiastiques qui prononcent la nullité des mariages et aux rescrits de dispense, l'art. 18 de la même loi, selon lequel l'art. 116 (actuellement 128) du code civil est applicable aux mariages annulés par les autorités ecclésiastiques, ne mentionne pas les mariages qui ont fait l'objet d'une dispense, et, comme les raisons qu'il y aurait de favoriser l'époux de bonne foi seraient au moins aussi fortes en cas de dispense qu'en cas de nullité, on est tenté d'admettre que si l'art. 116/128 ne parle pas du cas de dispense, c'est parce que précisément la dispense n'ayant effet qu'à partir du moment où l'ordonnance de la Cour l'a rendue exécutoire, il n'était pas nécessaire de lui conférer les effets du mariage putatif (cf. VASSALLI, *Matrimonio putativo*, n° 20 dans *Nuovo Digesto italiano* p. 347; BERTOLA, *Matrimonio religioso*, n° 57, *Nuovo Digesto italiano* p. 380). L'art. 22 de la loi du 27 mai 1929 qui règle les conséquences du concordat sur les annulations et les dispenses de mariages prononcées avant l'entrée en vigueur de cet acte semblerait également confirmer cette opinion. Tandis que d'après le premier alinéa de cette disposition l'annulation produit son effet même en ce qui concerne le mariage civil lorsqu'elle est fondée sur une cause admise par le code civil et agit donc *ex tunc* tout comme l'annulation civile, l'al.2, au contraire prévoit expressément que la dispense « dissout le mariage civil » (produce il scioglimento del matrimonio civile) et il ressort, semble-t-il, de cette expression — la même qu'emploie le code civil à son art. 147 pour désigner les conséquences de la mort d'un des conjoints — que l'effet de la dispense ne se produit alors qu'*ex nunc*.

Au surplus, voudrait-on même admettre que la dispense produit les mêmes effets que l'annulation, autrement dit

que ses effets remontent au jour du mariage, qu'il faudrait alors reconnaître que l'époux dont le mariage a fait l'objet d'une dispense, lorsqu'il est de bonne foi, bénéficie des dispositions légales concernant le mariage putatif, tout au moins lorsque l'application de ces dispositions n'est pas exclue par une règle expresse de la loi, telle que l'art. 1068 du code civil, ou par des considérations d'équité ou d'ordre social (cf. JEMOLO p. 315). Or s'agissant d'une question de nationalité, c'est en vain qu'on chercherait en cette matière des motifs de ce genre à opposer à l'application de l'art. 128 CC. Il est à noter du reste que cette disposition, à la différence de l'ancien art. 116 qu'elle a remplacée, parle des « effets » de l'annulation et non plus seulement de ses « effets civils ». Certes la recourante ne se prévaut-elle pas de l'art. 128 CC et peut-il sembler étrange, à première vue, qu'on lui oppose une disposition qui est censée avoir été édictée dans l'intérêt de l'époux de bonne foi, mais la nationalité est une matière qui, par définition, est soustraite à la disposition des parties. La détermination de la nationalité de la recourante ne saurait dépendre du fait qu'elle aurait ou n'aurait pas revendiqué le bénéfice de l'art. 128.

Quant à la question de savoir si le mariage a été contracté de bonne foi par la recourante, il n'est pas douteux qu'elle ne doive être tranchée par l'affirmative. La bonne foi se présume (*quisquis censetur bonus donec contrarium probetur*) et rien en l'espèce n'autorise à mettre en doute la bonne foi de la recourante. Le fait que le rescrit de dispense n'interdit qu'au mari de se remarier sans l'autorisation de la Sacrée Congrégation des Sacrements démontrerait au surplus qu'aucun grief n'a été fait à la femme d'avoir contracté mariage. Le refus du Département fédéral de justice et police de reconnaître à la recourante la nationalité suisse est donc justifié.