

Anzeige erhalten hatte, übergab er der Post am 15. März 1948 eine an das Obergericht adressierte Eingabe, mit der er Anschlussberufung erklärte. Das Obergericht leitete diese Eingabe am 16. März, dem Tage ihres Eingangs, durch die Post an das Bundesgericht weiter, wo sie am 17. März 1948 eintraf.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Die Anschlussberufung ist nach Art. 59 Abs. 1 OG wie nach Art. 70 Abs. 1 des frühern OG (aOG) binnen zehn Tagen vom Eingang der Berufungsanzeige an beim Bundesgericht einzureichen. Eine statt beim Bundesgericht bei der kantonalen Behörde eingereichte Anschlussberufung wurde unter der Herrschaft des aOG dann und nur dann als rechtzeitig angesehen, wenn sie durch Vermittlung der kantonalen Behörde vor Fristablauf an das Bundesgericht gelangte, oder wenn die kantonale Behörde sie wenigstens noch innert Frist zu Händen des Bundesgerichts der Post übergab (BGE 28 II 206, 29 II 556 E. 10, vgl. 24 II 30). An dieser Rechtsprechung ist auch unter dem neuen OG festzuhalten ; denn nach dem klaren Wortlaut von Art. 32 Abs. 3 dieses Gesetzes gilt eine Frist nur dann als eingehalten, wenn die Handlung innerhalb derselben vorgenommen wird (Satz 1), und müssen schriftliche Eingaben spätestens am letzten Tage der Frist « an die Stelle, bei der sie einzureichen sind, gelangt oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben sein » (Satz 2).

Ist eine bei der kantonalen Instanz einzureichende Eingabe innert der Frist direkt beim Bundesgericht eingereicht worden, so gilt die Frist nach dem 3. Satze von Art. 32 Abs. 3 OG freilich ebenfalls als eingehalten (dies in Abweichung von der Rechtsprechung zu Art. 67 Abs. 1 aOG ; vgl. BGE 57 II 424 und dort zit. frühere Entscheidung). Dabei handelt es sich jedoch, wie bei der Gesetzesberatung ausdrücklich hervorgehoben wurde (StenB 1943, StR S.106 f., Votum *Evéquo*z), um eine Ausnahmevor-

schrift. Der Gesetzgeber wollte damit dem Umstande Rechnung tragen, dass es nahe liegt, ein Rechtsmittel bei der Instanz einzureichen, die darüber zu entscheiden hat, und dass daher Rechtsmittel, die nach dem OG nicht direkt beim Bundesgericht, sondern bei der kantonalen Behörde einzureichen sind, leicht an die falsche Stelle geraten können (vgl. aaO das Votum *Fricker*). Natur und Zweck dieser Vorschrift verbieten also ihre analoge Anwendung auf den Fall, dass ein bei der Rechtsmittelinstanz anzubringendes Rechtsmittel beim Vorderrichter angebracht wurde. Eine innert Frist bei der kantonalen Behörde eingereichte, dagegen erst später an das Bundesgericht weitergeleitete Anschlussberufung als rechtzeitig gelten zu lassen, geht im übrigen auch wegen der damit verbundenen Gefahr der Verschleppung des Prozesses und im Hinblick auf Art. 60 Abs. 2 OG nicht an ; indem diese Bestimmung dem Bundesgericht die Befugnis einräumt, offensichtlich unbegründete Berufungen nach Ablauf der Frist für die Anschlussberufung sofort abzuweisen, setzt sie voraus, dass eine erst nach Ablauf dieser Frist an das Bundesgericht weitergeleitete Anschlussberufung unwirksam ist.

Die vorliegende Anschlussberufung, die die Vorinstanz erst am 11. Tage von der Zustellung der Berufungsanzeige an zu Händen des Bundesgerichts der Post übergeben hat, ist demnach verspätet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Anschlussberufung wird nicht eingetreten.

11. Arrêt de la II^e Cour civile du 30 janvier 1948 dans la cause Sonnino contre Dame Volpi.

Recours en nullité (art. 68 al. 1 lettre a OJ).
Le moyen tiré de la force dérogatoire du droit fédéral donne ouverture au recours en nullité lorsqu'il est invoqué contre une ordonnance de mesures provisoires rendue en dernière instance cantonale dans une affaire civile (consid. 2).

Mesures provisoires.

Le juge ne peut, même en vertu d'une disposition expresse du droit cantonal, condamner provisionnellement un débiteur à payer la somme réclamée ou une partie de celle-ci (consid. 3).

Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68¹, a OG).

Wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechtes kann Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden gegen eine in letzter kantonalen Instanz getroffene einstweilige Verfügung in einer Zivilsache (Erw. 2).

Einstweilige Verfügung.

Dem Richter steht nicht zu (selbst nicht auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung des kantonalen Rechtes), jemanden vorläufig zur Zahlung (des ganzen oder eines Teils des verlangten Betrages) zu verurteilen (Erw. 3).

Ricorso per nullità (art. 68, cp. 1, lett. a OGF).

Un decreto di misure provvisionali prolato dall'ultima istanza cantonale in una causa civile può essere impugnato mediante ricorso per nullità che censuri l'applicazione di diritto cantonale invece di quello federale (consid. 2).

Misure provvisionali.

Il giudice non può condannare in via provvisoria (nemmeno sulla base d'una espressa disposizione di diritto cantonale) un debitore a pagare la somma chiesta o una parte di essa (consid. 3)

A. — Dame Gemma Volpi-Vitti, veuve de Giacomo Vitti, domiciliée à Milan, a mis au monde le 29 juin 1939 en Italie un enfant du sexe féminin, Barbara Volpi, qu'elle avait eu de Carlo Sonnino. En mai 1947, Sonnino a emmené l'enfant à Fribourg.

Le 8 juillet 1947, Sonnino et dame Volpi, qui était de passage à Fribourg, y ont signé une convention contenant notamment les stipulations suivantes : dame Volpi-Vitti consentait à ce que l'enfant restât à Fribourg ; Sonnino s'engageait à rembourser à dame Volpi les frais de voyage qu'elle ferait pour venir voir son enfant en Suisse (une fois tous les deux mois) ; il s'engageait enfin à payer à dame Volpi une pension pour l'enfant à dater du mois de mars 1946.

Dame Volpi est venue en Suisse en août 1947 et a réclamé à Sonnino les frais de son séjour. Sonnino a refusé de les payer.

B. — Par exploit du 2/3 octobre 1947, dame Volpi a assigné Sonnino devant le Président du Tribunal civil

de la Sarine aux fins d'ouïr prononcer par voie de mesures provisionnelles :

a) qu'il avait l'obligation de verser immédiatement en mains du mandataire de l'instante la somme de 600 fr. représentant les frais de voyage et d'hôtel qu'elle avait eu à supporter à l'occasion de son dernier séjour,

b) que, pour le cas où le cité n'effectuerait pas ce versement immédiatement, ordre serait donné à l'employeur du cité de retenir la somme de 600 fr. sur son traitement et de la verser au mandataire de l'instante.

L'instante alléguait qu'elle était sans ressources et qu'il était par conséquent urgent d'ordonner les mesures sollicitées.

Sonnino a conclu au déboutement de l'instante. Il contestait avoir pris l'engagement invoqué par l'instante et soutenait que, selon les dispositions des articles 188 et suiv. du Code de procédure civile fribourgeois, les mesures provisionnelles avaient pour but de maintenir un état de fait, mais non pas d'assurer un paiement qui, devant être fait à une personne sur le point de quitter la Suisse et d'une solvabilité d'ailleurs douteuse, risquait de devenir irrévocable.

C. — Par ordonnance du 10 octobre 1947, le Président du Tribunal a condamné Sonnino à verser immédiatement au mandataire de dame Volpi la somme de 450 fr. et rejeté le surplus de ses conclusions.

D. — Sur recours de Sonnino, le Tribunal a prononcé le jugement suivant : « Gemma Volpi est admise dans les fins du premier chef de la demande tendant à ce que Carlo Sonnino a l'obligation de verser immédiatement en mains du mandataire de Gemma Volpi une somme de 600 fr. représentant les frais de voyage et d'hôtel de celle-ci, provoqués par la dernière visite de Gemma Volpi à sa fille Barbara, en exécution de la convention passée entre parties le 8 juillet 1947. Elle est déboutée des fins du deuxième chef de sa demande. Les frais sont réservés. »

Le Tribunal a admis en résumé que, malgré l'impropriété des termes de la convention, Sonnino paraissait bien s'être engagé à payer les frais occasionnés par les visites de dame Volpi à sa fille ; que l'instance se trouvait incontestablement dans l'hypothèse prévue par l'art. 188 lettre c du Code de procédure civile fribourgeois, attendu que, si la mesure requise était refusée, elle ne pourrait ni repartir, ni payer les frais de sa pension, dont elle justifiait le montant par la production de factures ; qu'en revanche le second chef de conclusions n'était pas justifié, attendu que l'exécution forcée ne pouvait être requise que par voie de poursuites.

E. — Sonnino a interjeté contre ce jugement un recours de droit public et un recours en nullité. Il soutient en résumé que la décision attaquée repose sur une interprétation arbitraire du Code de procédure civile et qu'en outre elle a été rendue en violation de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, le Tribunal ayant jugé la cause en vertu du droit cantonal, alors que le droit fédéral était seul applicable (art. 68 lettre a OJ).

Dame Volpi a conclu au rejet des recours.

F. — Le Code de procédure civile fribourgeois de 1849 contient sous les art. 188, 189 et 190 les dispositions suivantes :

art. 188. On peut requérir une mesure provisionnelle :

- a) pour être protégé dans une position menacée,
- b) pour prévenir tout changement à l'objet litigieux,
- c) dans tous les cas où l'on est menacé d'un dommage difficile à réparer.

art. 189. Dans les cas prévus à l'article précédent, le juge peut, entre autres mesures, ordonner suivant sa prudence :

- a) l'exécution totale ou partielle de l'obligation, objet du procès, et de ses accessoires, si l'obligation a la présomption d'un titre régulier.

.....

art. 190. Les mesures provisoires ont uniquement pour but d'assurer le maintien de rapports existants et ne peuvent avoir pour effet de changer l'état actuel des choses qu'autant que leur objet le rend indispensable.

Considérant en droit :

1. — Etant donné le caractère purement subsidiaire du recours de droit public, il convient de se prononcer tout d'abord sur le recours en nullité. Si ce dernier devait être admis, le recours de droit public serait sans objet.

2. — Il a été jugé, sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire, qu'une ordonnance de mesures provisoires rendue en dernière instance cantonale à l'occasion d'une contestation de nature civile portant sur un rapport de droit privé devait être considérée comme rendue dans une cause civile au sens de l'art. 87 OJ et était par conséquent susceptible de faire l'objet du recours de droit civil prévu par cette disposition lorsque le recourant se plaignait que le juge eût fait à tort application de lois cantonales ou étrangères à la place du droit fédéral (RO 67 I 219, 69 II 125 et 63 II 65 et suiv. où, dans des conditions analogues à celles de la présente espèce, la recevabilité d'un tel recours a même été admise tacitement). Cette solution s'impose également au regard de l'art. 68 al. 1 lettre a de la loi d'organisation actuellement en vigueur.

3. — Le recourant soutient, dans son recours en nullité, que le jugement attaqué viole d'une façon manifeste un texte clair de la loi cantonale. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral, statuant sur un recours en nullité, de connaître de ce moyen. Au regard de l'art. 68 lettre a OJ invoqué dans le recours, la seule question qu'il ait à trancher est celle de savoir si c'est à tort que le Tribunal de la Sarine a cru pouvoir faire application en l'espèce des art. 188 et 189 du Code de procédure civile fribourgeois. La réponse n'est pas douteuse. Rejeter le recours équivaldrait en effet à reconnaître au juge ordinaire la faculté de condamner le débiteur à s'acquitter de sa dette sur la seule justification de la vraisemblance du titre invoqué par le créancier. Or cela est contraire aux principes fondamentaux du droit suisse. Certes, la loi fédérale sur la

poursuite pour dettes et la faillite autorise bien le juge de la mainlevée à lever provisoirement l'opposition du débiteur à la poursuite sur le seul vu d'une reconnaissance de dette sous seing privé et même d'un contrat, si le débiteur « ne justifie pas séance tenante sa libération », et cela peut avoir pour conséquence de permettre au créancier de faire réaliser les biens du débiteur et d'obtenir ainsi satisfaction si ce dernier n'ouvre pas action en libération de dette en temps utile. Mais, outre que cette faculté est réservée, comme on l'a dit, au juge de la mainlevée et que la possibilité d'une exécution de l'obligation suppose encore, comme on vient de le dire, une inaction du débiteur, la décision du juge de mainlevée ne peut elle-même intervenir que dans les conditions fixées par la loi, c'est-à-dire que si le débiteur a été préalablement et régulièrement sommé de s'exécuter par un commandement de payer (art. 38 al. 2 LP) et qu'il ait été ainsi mis en mesure d'y faire opposition. Or, si tel est, d'après la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, le seul cas où le paiement d'une créance peut être provisoirement (art. 86 LP) obtenu nonobstant l'opposition du débiteur et sans une justification complète de l'existence de la créance, il faut en conclure qu'il ne saurait y en avoir d'autres, sauf disposition expresse de la législation fédérale, car, selon l'art. 38 al. 1 LP, tout ce qui touche à l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent a été soustrait au pouvoir des cantons depuis le 1^{er} janvier 1892.

Le pouvoir attribué au juge de la mainlevée, et qui est un des traits les plus caractéristiques du droit suisse, constitue d'ailleurs une exception au principe général et universellement admis, peut-on dire, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit commencer par la prouver, et la règle qui consacre ce pouvoir doit donc tout naturellement être interprétée restrictivement. Il ne suffit dès lors pas pour condamner quelqu'un, même provisionnellement, à payer la somme qui lui est réclamée, que celui qui la

réclame rende son droit vraisemblable et prouve que l'inexécution de l'obligation risque de lui occasionner un dommage difficile à réparer, ainsi que le dit l'art. 188 du Code de procédure civile fribourgeois, ou même le réduise à l'indigence. Si le créancier n'est pas en mesure de produire un écrit de nature à justifier la mainlevée d'une opposition éventuelle, il doit commencer par faire reconnaître son droit en justice par la voie ordinaire. Toute autre solution aboutirait à préjuger le fond du débat. Or il est de principe que les ordonnances de mesures provisoires doivent laisser intacte l'appréciation du fond du droit. C'est du reste ce que le Tribunal fédéral a implicitement reconnu dans l'arrêt L. contre P. du 20 avril 1937 (RO 63 II 67), qui a dénié au législateur cantonal le droit d'autoriser le juge saisi d'une action en paternité à accorder à l'enfant par provision des aliments durant le procès, alors que l'art. 321 CC ne prévoit que la prestation de sûretés. S'il en est ainsi pour l'enfant naturel auquel la fourniture d'aliments peut être cependant dans certains cas de stricte nécessité, à plus forte raison doit-il en être de même pour un créancier ordinaire.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours en nullité est admis et la décision attaquée est annulée.

Le recours de droit public est déclaré sans objet.