

langten, verantwortlich sei; dabei macht er für erst nachträglich erlangte Sicherheiten, auf welche also der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft nicht rechnen konnte, im Gegensatz zu den bei Eingehung der Bürgschaft bereits vorhandenen, eine Unterscheidung zwischen solchen Sicherheiten, die vom Hauptschuldner und solchen, die von Dritten erlangt sind. Für Erhaltung der vom Hauptschuldner selbst, wenn auch erst nachträglich, erlangten Sicherheiten ist der Gläubiger verantwortlich, für anderweitig, insbesondere von Mitbürgen, nachträglich erhaltene Sicherheiten dagegen nicht; letzteres offenbar deshalb nicht, weil ja solche Sicherheiten in sehr verschiedenem Sinne können bestellt werden und nicht, wie die vom Hauptschuldner erlangten, gleichmäßig allen Mitverpflichteten zu gute kommen. Die von den Beklagten angerufenen Art. 504 und 507 oder gar Art. 168 Absatz 4 D.-R. kommen hier gar nicht in Frage. Eine Besserstellung der rechtlichen Lage eines Solibarschuldners zum Nachtheile eines andern im Sinne des Art. 168 cit. hat ja gar nicht stattgefunden, und die Art. 504 und 507 entscheiden nicht darüber, inwiefern der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich sei, daß gewisse Sicherheiten nicht mehr bestehen und daher auf den Bürgen nicht übergehen resp. demselben nicht abgetreten werden können; über die letztere hier einzig entscheidende Frage bestimmt ausschließlich Art. 508 D.-R. Inwiefern dem Beklagten eine Einrede zur Seite stände, wenn das Vorgehen des Gläubigers bei der Preisgabe der streitigen Sicherheit zum Zwecke gehabe hätte, die Beklagten zu eigenem Vortheile (zum Zwecke der Sicherung eigener unversicherter Forderungen an den erstbelangten Bürgen) zu benachtheiligen, kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben; denn in casu ist eine solche Absicht des Gläubigers gar nicht behauptet, sondern handelt es sich um ein bloßes Versehen desselben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Bezirksgerichtes Bischofszell vom 6. Mai 1889 sein Bewenden.

67. Arrêt du 29 Juin 1889, dans la cause Ochsenein  
contre Petitpierre.

Par arrêt du 6 Mai 1889, la Cour de Justice civile de Genève a prononcé comme suit dans la cause pendante entre parties :

La Cour admet l'appel formé contre les jugements rendus par le Tribunal civil les 11 Décembre 1888 et 26 Février 1889, réforme ces jugements et, statuant à nouveau, vu les art. 50, 51, al. 1, 55 C. O., condamne Ochsenein à payer, avec intérêts dès ce jour, la somme de deux mille francs à Petitpierre à titre de dommages-intérêts; le condamne en outre aux dépens de première instance et d'appel, et ordonne l'insertion du présent jugement dans trois journaux paraissant à Genève, au choix de Petitpierre et aux frais d'Ochsenein.

Le recourant a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, — attendu qu'aucun acte illicite n'a été commis, que les actes commis, en les supposant illicites, n'ont pas porté une grave atteinte à la situation personnelle de Petitpierre, et que les juges cantonaux, pas plus que Petitpierre, ne justifient d'aucun préjudice et ne fixent pas les bases qui ont servi à l'évaluation de l'arrêt, — réformer le dit arrêt et débouter Petitpierre de ses conclusions, avec dépens.

Le sieur Petitpierre a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant et considérant :

En fait :

1° Le 13 Mars 1888, la fille Marie Leroux fut conduite chez la femme Destral, tenant une maison de tolérance à Genève. Cette fille était porteur de papiers qui paraissaient réguliers et qui constataient qu'elle était Française, âgée de 23 ans. Elle déclarait qu'elle avait déjà séjourné en France dans trois établissements de prostitution. Quatre ou cinq jours après son arrivée, elle se présenta au dispensaire pour

y être visitée, mais comme elle était indisposée, le médecin l'invita à repasser. Elle revint en effet le 21, subit la visite, puis, étant tombée malade de la fièvre scarlatine, elle entra à l'hôpital le 24 Mars.

Elle reçut à l'hôpital la visite d'une demoiselle S., et la fille Leroux lui avoua alors qu'elle n'avait que 16 ans et qu'elle s'était servie des papiers de sa sœur aînée nommée Augustine. La fille Leroux ayant manifesté le désir de renoncer à sa vie passée, le pasteur Constant la fit sortir de l'hôpital et entrer au refuge.

Dans le courant de Juillet 1888, une brochure signée « quidam » et intitulée : « Un crime. Appel au peuple de Genève » fut distribuée dans les kiosques de la ville. Cette brochure attaquait l'administration de la police au sujet de sa conduite dans l'affaire de la fille Leroux ; cet écrit contenait, entre autres, les passages suivants :

« La fille Leroux fut cependant officiellement inscrite » comme prostituée. Il faut tout dire : Marie n'a été ni vue, » ni interrogée, ni exhortée. On l'a inscrite sur sa demande, » comme dit le formulaire, sans qu'elle ait rien demandé. » Elle n'est pas même sortie de la maison. La tenancière est » montée à l'Hôtel de Ville avec les papiers d'Augustine et » la chose s'est faite en tête à tête. Entre fonctionnaires on » s'accorde des facilités.

» Ainsi, M<sup>me</sup> Destral, proxénète officielle, a usé de moyens » frauduleux pour obtenir l'inscription d'une mineure qu'elle » a ensuite excitée à la débauche avec la garantie de l'admini- » nistration. Elle tombe non seulement sous le coup des » arrêtés qui prévoient la fermeture de son établissement, » mais encore sous le coup du code pénal.

» Le fonctionnaire chargé de l'inscription s'est, par com- » plaisance, — j'emploie un mot poli, — rendu complice du » forfait. »

Le Procureur général dénonça immédiatement cette brochure au Département de Justice et Police et demanda des renseignements pour poursuivre, suivant le cas, les coupables ou le diffamateur. Le chef de ce Département dénonçait le

même jour les mêmes faits au Procureur général et réclamait une information.

Une procédure pénale fut dirigée à la réquisition du Département de Justice et Police du 14 Juillet 1888 contre la femme Destral, en vertu de l'art. 213 C. P., sous prévention d'excitation d'une fille mineure à la débauche ; cette procédure aboutit à un arrêt de non-lieu, sous date du 15 Septembre 1888, et sur conclusions conformes du Procureur général, par le motif que, la fille Leroux ayant déjà séjourné comme prostituée dans au moins trois maisons de tolérance de l'étranger, et étant porteur de papiers qui faisaient croire qu'elle était majeure, il n'existe pas contre la femme Destral prévention suffisante d'avoir excité la mineure Leroux à la débauche ou à la corruption, ainsi que ce délit est prévu à l'art. 213 du code pénal.

Par exploit du 13 Septembre 1888, S. Petitpierre, employé au Département de Justice et Police, attaché au service des mœurs et chargé en cette qualité de l'inscription des filles publiques, s'estimant visé dans les passages susrelatés de la brochure « Un crime » a ouvert action devant le Tribunal civil, au sieur Ochsenbein, lequel reconnut être l'auteur de l'écrit incriminé, tout en excipant que cet écrit ne renfermait aucun fait précis à la charge de Petitpierre : subsidiairement, et pour le cas où les faits seraient précisés, Ochsenbein en a offert la preuve.

Par jugement du 11 Décembre 1888, le Tribunal a estimé que Ochsenbein était en outre l'auteur de deux autres écrits, dont l'un est intitulé « Libres ou séquestrées » et l'autre : « Quand la porte est ouverte, on ne passe pas par la fenêtre. » Ces brochures étaient également dirigées contre les maisons de tolérance de Genève, et des faits scandaleux qui s'y seraient passés.

Ochsenbein fut acheminé à prouver plusieurs de ses allégués, et après les enquêtes, le Tribunal, par jugement du 26 Février 1889, l'a condamné à payer au demandeur 5000 fr. à titre de dommages-intérêts et ordonné que ce jugement, ainsi que celui du 11 Décembre 1888, seraient insérés en-

semble aux frais d'Ochsenbein, dans cinq journaux, dont trois paraissant à Genève.

Ochsenbein interjeta appel de ce jugement auprès de la Cour civile, en faisant valoir en substance :

Les premiers juges ont outrepassé les conclusions des parties : la plainte ne portait que sur la brochure « Un crime » et il n'était pas loisible au Tribunal de prendre en considération les deux autres brochures. En ce qui concerne les faits offerts en preuve par Ochsenbein, les premiers juges admettent qu'il est établi que la fille Leroux n'a jamais été inscrite sur les registres des femmes publiques du Département de Justice et Police, alors que Ochsenbein s'est borné à déclarer qu'on l'a inscrite sans qu'elle ait rien demandé, qu'il est constant que cette jeune fille s'est réellement et a été réellement considérée comme inscrite à la police ; qu'une carte lui a été délivrée, qu'elle s'est pendant plusieurs jours livrée librement à la prostitution et qu'elle a été visitée trois fois officiellement. La brochure n'a, d'une manière générale, pas allégué autre chose : le fait le plus important qu'elle relève est la présence dans une maison de tolérance d'une mineure se livrant à ce métier malgré les lois et les règlements, et ce fait n'est pas contesté. Le nom du sieur Petitpierre n'a pas été prononcé dans la brochure incriminée, ce qui exclut une intention malveillante à son égard : en outre la critique même violente d'une institution tolérée par l'Etat, mais condamnée par un grand nombre de citoyens, ne peut être assimilée à une diffamation. Ochsenbein eût-il commis une erreur et affirmé l'inscription officielle de la fille Leroux sur les registres ad hoc, cette erreur ne pouvait causer aucun préjudice à Petitpierre, et sa réparation n'exigeait pas l'insertion du jugement dans cinq journaux de Genève et de l'étranger.

Par arrêt du 6 mai 1889, la Cour de justice réforma sur un point le jugement préparatoire du 11 Décembre 1888 et maintint au fond le jugement de première instance du 26 Février 1889, en réduisant toutefois à 2000 fr. la somme à payer à titre de dommages-intérêts par Ochsenbein à Petitpierre, et en n'en ordonnant l'insertion de son arrêt aux frais

d'Ochsenbein que dans trois journaux genevois, au choix de Petitpierre.

C'est contre cet arrêt que Ochsenbein recourt au Tribunal fédéral et que les parties ont conclu comme il a été dit plus haut.

*En droit :*

2° La compétence du Tribunal fédéral, d'ailleurs reconnue par les parties, est hors de doute. La valeur du litige est en effet supérieure à 3000 fr., et il s'agit en la cause de l'application du code fédéral des obligations.

3° La première question qui se pose dans l'espèce est celle de savoir si le défendeur s'est rendu coupable d'un acte illicite aux termes de l'art. 50 C. O.

A cet égard la Cour constate que le sieur Ochsenbein est le rédacteur de la brochure incriminée ; il doit donc être l'auteur d'un acte illicite, si cet écrit a causé sans droit un dommage à Petitpierre.

Bien que le nom de cet employé ne figure pas dans ce pamphlet, il résulte également des faits établis par la Cour, ainsi que du propre aveu du défendeur, que les attaques contenues dans la dite brochure étaient bien dirigées contre le fonctionnaire Petitpierre, d'ailleurs seul préposé à l'inscription des filles publiques dans les registres du Département.

C'est avec raison que l'arrêt attaqué signale comme une imputation particulièrement grave le passage de la dite brochure portant que « le fonctionnaire chargé de l'inscription s'est, par sa complaisance, — pour employer un mot poli, — rendu complice du forfait de l'excitation d'une mineure à la débauche » et que « l'inscription de la fille Leroux a été faite en tête à tête avec la tenancière de la maison publique » après quoi l'auteur ajoute encore « qu'entre fonctionnaires, on s'accorde des facilités. »

A supposer même que, contrairement aux constatations de l'arrêt cantonal, cette accusation de complicité doive être entendue, non dans sa signification la plus grave, mais seulement dans ce sens que Petitpierre, en procédant à l'inscrip-

tion sans avoir vu la fille Leroux, s'est mis dans l'impossibilité de découvrir qu'elle était porteur de faux papiers, et en réalité mineure, — les attaques contenues dans ce pamphlet n'en sont pas moins d'une haute gravité, et constituent certainement, dans les circonstances de la cause, l'acte illicite visé à l'art. 50 C. O.

4° Il a, en effet, été constaté en fait par l'arrêt de la Cour que la fille Leroux n'a jamais été inscrite dans les registres, contrôlés spécialement à cette fin par le Tribunal, mais que son nom ne figure que dans le bulletin du bureau de salubrité, daté du 21 Mars, dressé par le docteur chargé de la visite au dispensaire, ce qui prouve seulement que la fille Leroux a subi cette visite.

Il est donc constant que Petitpierre ne s'est livré, relativement à cette personne, à aucun acte quelconque rentrant dans ses fonctions. La fille Leroux était en possession non point d'une carte qui l'aurait autorisée à exercer la prostitution, mais d'un certificat de santé du docteur Figuière, daté du 21 Mars, sur le vu duquel l'inscription de la fille Leroux aurait pu à la vérité avoir lieu, si elle ne fût tombée malade aussitôt après cette date, et reçue le 24 à l'hôpital ; c'est par ce motif qu'elle ne put se présenter au bureau du fonctionnaire chargé de l'inscription et de l'exhortation préalable des filles soumises.

L'arrêt de la Cour constate également l'absence de toute collusion ou même de connivence en vue d'exciter une mineure à la débauche, entre Petitpierre et la femme Destral, tenancière de la maison de tolérance. Une semblable intention peut d'ailleurs d'autant moins s'être manifestée, que Marie Leroux était en possession des papiers de sa sœur, âgée de 23 ans, et que la femme Destral, pas plus que le docteur Figuière, n'avait de motif de se douter de l'irrégularité de cette pièce.

5° Dans cette situation, il est incontestable qu'en attribuant à Petitpierre des procédés qui, s'il les eût réellement commis, l'eussent exposé au mépris de ses concitoyens et à la répression pénale, qu'en affirmant la connivence de ce

fonctionnaire à cet effet avec une proxénète, et en laissant même entrevoir une certaine similitude entre les fonctions de Petitpierre et le métier infâme exercé par la femme Destral, le sieur Ochsenbein a commis un acte illicite, de nature à causer un dommage à celui qui en a été victime, et outrepassé les droits d'une critique permise. Cette critique, légitime tant qu'elle se borne à discuter des institutions, telles que l'ingérence de l'Etat dans la réglementation de la prostitution, cesse d'être tolérable lorsqu'elle dégénère, comme dans l'espèce, en diffamation. Les accusations d'Ochsenbein, quelle que puisse avoir été la bonne foi de leur auteur, n'en sont pas moins basées sur des faits faux ou inexacts, et la circonstance que le rédacteur de la brochure incriminée n'a pas même pris la peine de s'assurer de leur réalité, implique en tout cas de sa part une négligence grave, engageant sa responsabilité civile aux termes de la disposition susrappelée du Code des obligations.

6° Il suit de ce qui précède qu'Ochsenbein est tenu, en principe, aux termes du prédit art. 50 C. O., de réparer le dommage causé par ses agissements.

Ce dommage n'est point matériel, dans le sens de l'art. 51 *ibidem*, et l'arrêt de la Cour le constate. En revanche, il faut rechercher s'il y a lieu de faire application au défendeur de l'art. 55 du même code, disposant qu'alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi, le juge peut allouer une indemnité équitable, si quelqu'un a été lésé par des actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle.

Or s'il ne peut être sérieusement contesté que les faits relevés plus haut à la charge du défendeur et recourant ne constituent un acte illicite, il est également certain que les fausses allégations de la brochure incriminée étaient de nature à porter préjudice à la réputation, et par conséquent à la situation d'un fonctionnaire, que cet écrit représente comme le complice d'actes criminels ou délictueux. Ces insinuations revêtent un caractère de gravité tout particulier, lorsqu'elles tendent à faire croire qu'un employé de la police des

mœurs a favorisé le séjour antiréglementaire d'une mineure dans une maison de prostitution.

Il y a donc lieu de reconnaître, avec les instances cantonales, la responsabilité civile d'Ochsenbein et de mettre à sa charge des dommages-intérêts en conformité de l'art. 55 précité.

7° Si l'on prend toutefois en considération qu'il n'est pas établi que le recourant ait agi avec dol, mais qu'il y a lieu plutôt d'admettre qu'entraîné par son zèle pour une bonne cause, il a commis seulement une grave négligence en ne contrôlant pas l'existence des faits articulés par lui de bonne foi à la charge du demandeur; si l'on envisage en outre que le fait matériel du séjour de la mineure Marie Leroux dans une maison de tolérance de Genève pendant onze jours est vrai; que c'est là un abus évident contre lequel tout citoyen a le droit de protester; si l'on retient de plus qu'aucun dommage matériel n'a été causé au demandeur; qu'il n'a point été suspendu ou révoqué de ses fonctions, mais qu'au contraire les attaques dirigées contre lui ont provoqué en sa faveur les témoignages les plus flatteurs de la part de ses supérieurs; en tenant compte enfin, en dehors de tous ces motifs d'atténuation, de la quotité des indemnités allouées par le Tribunal de céans dans des cas analogues, et du fait que l'art. 55 susvisé ne doit pas avoir pour conséquence de favoriser un lucre, mais seulement d'assurer le juste équivalent d'atteintes portées à la situation personnelle, le montant de l'indemnité accordée par la Cour apparaît comme exagéré et il y a lieu de le réduire dans une mesure considérable.

8° Il convient en outre de faire abstraction de la condamnation du recourant à payer l'insertion, dans des journaux, de l'arrêt à intervenir. Les termes de l'art. 55 autorisent le juge à allouer seulement « une indemnité équitable » (eine angemessene *Geldsumme*, dans le texte allemand), à l'exclusion de toute autre adjonction ou aggravation, et en particulier de l'insertion dont il s'agit, laquelle ne se justifierait du reste que comme conséquence d'une sentence pénale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est partiellement admis, et l'arrêt rendu le 6 Mai 1889 par la Cour de Justice de Genève est réformé en ce sens que l'indemnité à payer par Ch.-L. Ochsenbein à S. Petitpierre est réduite à cinq cents francs, et que le dit Ochsenbein est libéré de toute insertion à ses frais dans les journaux.

L'arrêt susmentionné est maintenu quant au surplus, en particulier en ce qui a trait aux dépens devant les instances cantonales.

### VIII. Persönliche Handlungsfähigkeit. Capacité civile.

68. Urtheil vom 2. Februar 1889 in Sachen  
Heß gegen Ott.

A. Durch Urtheil vom 30. November 1888 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfragen:

1. Ist der Appellant pflichtig, den am 9. Juni 1888 von ihm mit dem Appellaten abgeschlossenen Liegenschaftenkaufertrag zu erfüllen?
2. Ist eventuell der Entschädigungsanspruch des Appellaten rechtlich begründet?

erkennt:

1. Seien beide Rechtsfragen verneinend entschieden.
2. Zahle Appellant ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und habe er bei dem Appellaten an Prozeßkosten 80 Fr. im Ganzen zu erheben.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: