

lung im Sinne des Art. 24 D.-R. enthält; allein hier liegt mehr als ein solches Stillschweigen vor. Durch die gefälschte Bilanz hat der Verwalter der Leihkasse Uster nicht nur die Aktionäre des Instituts über die finanzielle Lage desselben getäuscht und täuschen wollen, sondern auch das mit demselben in Verkehr tretende Publikum. Die Bilanzen öffentlicher Kreditinstitute sind allerdings zunächst für deren Aktionäre bestimmt. Allein deren Ergebnisse gelangen erfahrungsgemäß notwendig, selbst wenn sie nicht veröffentlicht werden sollten, zu Kenntnis der beteiligten Verkehrskreise und üben einen bestimmenden Einfluß auf das Vertrauen aus, welches dem betreffenden Institute geschenkt wird. Wenn daher die Verwaltung eines öffentlichen Kreditinstitutes dessen Bilanzen fälscht und das durch die gefälschte Bilanz geschaffene oder unterhaltene Vertrauen für weitere Geschäfte ausbeutet, so benützt sie in arglistiger Weise einen von ihr selbst durch täuschende positive Handlungen hervorgehobenen Irrtum und handelt damit betrügerisch. Bei derartigen Geschäften einer, auf Grund einer wesentlich falschen Bilanz agierenden, Verwaltung liegt nicht einfach der Tatbestand vor, daß eine Vertragspartei die andere nicht über ihre mißliche finanzielle Lage aufklärt, sondern es wird seitens der einen Vertragspartei resp. ihrer Vertretung ein von ihr selbst hervorgerufener Irrtum arglistig unterhalten und ausgenutzt. Danach muß denn die Klage, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, gutgeheißen werden. Denn es liegt in der Tat auf der Hand, daß die Firma Meyer-Müller auf die Hingabe ihrer Wechsel an die Leihkasse Uster gegen Obligationen dieses Institutes sich nie eingelassen hätte, wenn sie von der wahren Finanzlage der Leihkasse Kenntnis gehabt und nicht vielmehr durch das infolge der gefälschten Bilanz dem Institute geschenkte Vertrauen darüber in Irrtum geführt worden wäre.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Einsprecherin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.

90. Arrêt du 24 Juillet 1893 dans la cause Peissard  
contre Fasel.

Le recourant Jules Peissard, boisselier à Fribourg, était âgé de 26 ans environ lorsque, dans la soirée du dimanche 1<sup>er</sup> Novembre 1891, à la suite d'une bagarre commencée au café Ruetsch, à Fribourg, il reçut un coup violent sur la figure. Ce coup, d'après la déclaration du D<sup>r</sup> Schaller, avait été donné probablement avec un bâton ou une canne flexible; il marquait son passage, à commencer légèrement sur le côté gauche du front, en haut, vers l'angle supérieur; de là il descendait, marqué un peu plus fort, sur la racine du nez, et donnait son plein au-dessous de l'œil droit, où il était marqué par une plaie contuse, bien déchirée et profondément marquée. A part ces lésions, lesquelles n'ont pas atteint l'œil, qu'une légère déviation aurait peut-être, au dire du médecin, suffi à crever, le coup a encore causé un fort ébranlement des os du nez, avec déchirure intérieure de la muqueuse et hémorragie par les deux orifices, antérieur et pharyngé.

Le 16 Décembre 1891, date de la déclaration du D<sup>r</sup> Schaller, la guérison paraissait complète, et, selon ce praticien, la lésion avait eu pour conséquence huit jours d'incapacité de travail complète, et huit jours d'incapacité partielle.

Toutefois, consulté à nouveau le 14 Janvier 1892, le D<sup>r</sup> Schaller constata que la paroi de l'orbite avait été brisée et qu'il persistait des troubles visuels, avec retour de névralgies et diminution progressive de la vue; il conclut que la vue pouvait se perdre progressivement du côté droit, jusqu'à la perte complète de l'œil, et que peut-être même il faudrait procéder à l'ablation de l'œil droit si l'autre devenait menacé. Ces conclusions ont été confirmées par le D<sup>r</sup> Fröhlicher, à Berne, qui estime que l'acuité visuelle de l'œil droit équivaut à peine à  $\frac{1}{10}$  de la normale; qu'il est même à prévoir que cette cécité partielle ne devienne définitive; qu'aucun médicament ni opération ne pourraient modifier cet état.

Peissard a alors porté une plainte pénale contre le ou les auteurs de la lésion qu'il a reçue, et l'instruction a abouti au renvoi devant le tribunal correctionnel de la Sarine de Marc Lalive, âgé de 15  $\frac{1}{2}$  ans, et de Louis Fasel, âgé de 28 ans, boucher à Fribourg.

A l'audience du 16 Décembre 1891 le plaignant Peissard déclara se constituer partie civile et conclut à faire condamner les deux accusés à lui payer solidairement une somme de 750 francs. Dans la suite, à l'audience du 18 Mai 1892, Peissard porta sa réclamation à 3750 francs.

Par jugement de cette dernière date, le tribunal correctionnel libéra Fasel des fins de la plainte pénale, tout en le condamnant à  $\frac{1}{10}$  des frais, mais condamna, en revanche, Lalive à 30 jours de prison et aux  $\frac{9}{10}$  des frais. En ce qui a trait aux conclusions civiles prises par Peissard, le tribunal libéra Fasel et condamna Lalive à payer au plaignant une indemnité de 2000 francs, par le motif que le coup fatal a été donné par Lalive, et non par Fasel.

Peissard, de même que Lalive, appelèrent de ce jugement, lequel fut, en revanche, accepté par Fasel. Lalive forma, en outre, un recours en cassation contre ce même jugement, pour violation de diverses dispositions légales, et l'instruction du pourvoi en appel fut suspendue jusqu'au prononcé sur le recours en cassation.

Par arrêt du 5 Juillet 1892, la Cour de Cassation déclara le recours bien fondé, annula le jugement attaqué et renvoya la cause au tribunal correctionnel de la Glâne, pour nouveau jugement, mais seulement en ce qui concerne Lalive, — la partie du jugement correctionnel du 18 Mai relative à Fasel n'étant pas mise à néant.

Par jugement du 23 Janvier 1893 le tribunal correctionnel de la Glâne prononça également la libération de Lalive, tant au pénal qu'au civil, attendu qu'il n'est pas possible que le coup ait été porté par Lalive, et qu'au surplus Fasel a avoué à un témoin que c'est lui qui a frappé Peissard.

Il fut donné alors suite au pourvoi en appel exercé par Peissard contre le jugement du tribunal de la Sarine, et cela

concurrentement avec un nouveau pourvoi en appel qu'il avait déclaré former aussi contre le jugement du tribunal correctionnel de la Glâne, en ce qui concerne les conclusions civiles.

A l'audience de la Cour d'appel, du 19 Avril 1893, Lalive souleva une exception d'incompétence fondée sur l'art. 59 de la constitution fédérale et sur le fait que lui-même, comme son père, sont domiciliés à la Chaux-de-Fonds, et non à Fribourg. Peissard déclara adhérer à cette conclusion et vouloir rechercher Lalive devant le tribunal de la Chaux-de-Fonds. Il ne reste donc plus au procès que la conclusion civile prise par Peissard contre Fasel, en paiement d'une indemnité de 3750 francs.

Par arrêt du 19 Avril 1893, la Cour d'appel a débouté Peissard de sa demande d'indemnité, et admis Fasel dans sa conclusion libératoire, les frais étant mis pour  $\frac{5}{6}$  à la charge de Peissard et pour  $\frac{1}{6}$  à la charge de Fasel.

La Cour d'appel a admis, en fait et en substance, ce qui suit relativement aux circonstances dans lesquelles la lésion s'est produite :

Peissard se trouvait le 1<sup>er</sup> Novembre 1891 au café Ruetsch, à Fribourg, en compagnie de plusieurs jeunes gens qu'il appelait familièrement ses « cousins. » Ils chantaient en frappant sur la table avec leur verre ou leur canne. La tenancière chercha en vain à les modérer ; d'autres consommateurs n'ayant pas été plus heureux, une dispute s'engagea même entre les « cousins » et le sieur Klopstein, menuisier. C'est alors que survint Fasel, et la dame Ruetsch le pria, ainsi qu'un nommé Piller, de mettre l'ordre dans l'établissement, en l'absence de son mari. Les tapageurs furent mis à la porte, malgré leurs protestations : Peissard brandissait une canne plombée et criait, en sortant de la pinte : « Si l'un de vous veut recevoir un coup meurtrier, qu'il vienne. »

A ce moment une bagarre eut lieu dans la rue, à laquelle prirent part quelques consommateurs, Peissard et Lalive, et c'est dans cette rixe que Peissard fut atteint. Des dépositions intervenues, sur ce point, il y a lieu de retenir ce qui suit :

Lalive et Fasel reconnaissent que, devant la pinte, ils étaient seuls près de Peissard, auquel Fasel cherchait à arracher sa canne ; cette canne est en junc tressé, flexible, genre assommoir, plombée à la plus forte extrémité. D'après le témoin Piller, Peissard était la seule des personnes présentes qui eût une canne. Le témoin Klopstein dépose que Fasel tenait la canne de Peissard, cherchant à la lui arracher, et que pendant ce temps un jeune homme, dont le signalement se rapporte assez à Lalive, donna un coup à Peissard. Cette déposition concorde avec celle de Piller, qui affirme avoir vu Lalive frapper Peissard, et d'autre part le plaignant lui-même a affirmé à deux reprises, devant le tribunal de la Sarine, qu'il avait sa canne à la main au moment où il a reçu le coup et que ce n'est qu'après que Fasel la lui a arrachée.

Aussitôt après tout le monde rentra dans la pinte. D'après le témoin Piller, Peissard aurait demandé alors qui l'avait frappé, et Lalive aurait répondu : « C'est moi ; si tu en veux encore, tu n'as qu'à venir, » en accentuant cette déclaration en frappant du poing sur son genou. Le même témoin déclare, de plus, sous le poids du serment, qu'il a vu briller quelque chose dans le poing du jeune Lalive. Enfin le témoin Aeby a rapporté que, postérieurement à la rixe, Fasel lui aurait dit : « J'ai arraché la canne des mains de Peissard et lui ai donné un coup je ne sais où ; » Fasel aurait ajouté qu'il fallait déclarer qu'il s'était borné à arracher la canne, sans frapper Peissard.

Dans son arrêt, la Cour d'appel a tout d'abord examiné une exception de chose jugée, opposée par Fasel à la demande de Peissard, et consistant à dire que Fasel ayant été acquitté au pénal et libéré de toute indemnité, on ne peut, par un nouveau jugement au civil, remettre en question le point de savoir s'il doit être tenu à des dommages-intérêts envers un plaignant qu'il n'a pas frappé, comme le reconnaît le juge pénal.

La Cour d'appel a écarté cette exception, en se fondant soit sur la jurisprudence antérieure des tribunaux fribourgeois, soit sur les articles 56 à 59 C. O., soit sur un arrêt rendu

en 1888 par le tribunal civil de Genève, soit, enfin, sur l'opinion exprimée par divers auteurs.

Au fond la Cour, cherchant à dégager la vérité des dépositions plus ou moins contradictoires des témoins, a estimé que « l'hypothèse » la plus vraisemblable était la suivante. Pendant que Fasel et Peissard se disputaient la détention de la canne, celle-ci, flexible, a pu, ensuite de pression d'un côté, et de détente de l'autre, faire ressort et venir frapper Peissard au visage. Ce dernier aurait alors lâché prise, et ainsi s'expliquerait la version du demandeur, portant qu'il a reçu le coup on ne sait de qui, pendant qu'il tenait encore la canne que Fasel voulait lui arracher.

La Cour a estimé ensuite que, même en admettant cette hypothèse comme vraie, Fasel n'a pas encouru de responsabilité civile, Peissard ayant provoqué lui-même la bagarre en brandissant sa canne. C'est avec raison que Fasel a cherché, à la prière de la tenancière, à désarmer ce forcené. L'arrêt conclut en disant qu'aucune des suppositions multiples auxquelles le juge peut se livrer pour rechercher la personne coupable du coup porté à Peissard, ne fournit à la Cour la conviction qu'il existe un dol, ou une faute grave, ni même une imprudence ou une négligence à la charge de Fasel. Enfin l'art. 60 C. O. n'est pas non plus applicable en l'espèce, attendu qu'aucun acte en corrélation avec le résultat n'a été établi à la charge de Fasel.

C'est contre ce jugement que Peissard recourt au Tribunal fédéral, en reprenant les conclusions prises par lui devant les instances cantonales.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1° La compétence du Tribunal fédéral existe incontestablement quant à l'action dirigée par Peissard contre Fasel, seule en cause actuellement ensuite des déclarations échangées par les parties devant la Cour d'appel, et mentionnées dans les faits ci-dessus. Il s'agit, en effet, en l'espèce d'un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale, dans un litige appelant l'application du Code des obligations, et portant sur une somme litigieuse supérieure à 3000 francs.

2° L'exception de chose jugée a été abandonnée à l'audience de ce jour, par la partie opposante au recours, et, en présence de cette déclaration, il n'y a plus lieu de procéder à son examen.

Cette exception eût, d'ailleurs, dû être repoussée. Elle consistait à dire, en effet, que le juge pénal ayant prononcé définitivement que Fasel n'est pas l'auteur du coup porté à Peissard, le juge civil est lié par cette constatation de fait, qu'il doit mettre à la base de son jugement, et écarter dès lors l'action en indemnité de Peissard, sans examiner à nouveau les faits de la cause.

Or ce point de vue est inadmissible. A supposer même, ce qui peut paraître douteux, que le droit fédéral n'interdise pas au juge, dans une espèce comme la présente, d'attribuer au jugement pénal une force préjudicielle à l'égard de l'action civile, en tout cas il lui fait bien moins encore un devoir d'admettre un semblable effet préjudiciel. Tout au plus pourrait-on reconnaître qu'au cas où le juge pénal a, comme dans le cas actuel, expressément déclaré que le prévenu n'est pas l'auteur du fait, il appartient au droit cantonal de dire si cette constatation doit ou non lier le juge civil. La Cour d'appel, examinant cette question aussi à la lumière du droit fribourgeois, a prononcé qu'elle n'était pas liée par les constatations du jugement pénal, et ce en se fondant entre autres sur un arrêt antérieur, du 13 Décembre 1882, où elle a posé en principe qu'en droit fribourgeois le jugement du tribunal inférieur n'acquiert la force de la chose jugée que relativement à l'action publique, mais non quant à l'action civile, laquelle se trouve soumise à une appréciation nouvelle.

Le Tribunal de céans ne saurait soumettre à son contrôle ce principe, lequel repose sur l'application du droit cantonal. Il s'en suit que l'instance cantonale n'a méconnu aucun principe de droit fédéral en admettant, ainsi qu'elle l'a fait, que le jugement libérant Fasel ne l'empêchait point de statuer librement sur l'action en dommages-intérêts dirigée contre lui.

3° Au fond, le sort du litige dépend en première ligne des

constatations de fait de l'instance cantonale, qui lient le Tribunal fédéral aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Bien que sur plusieurs points l'arrêt de la Cour d'appel ne soit pas absolument clair à cet égard, il importe de retenir que son premier considérant sur le fond déclare « que les enquêtes pénales produites et les jugements rendus successivement par les tribunaux correctionnels de la Sarine et de la Glâne ne fournissent point la preuve des faits, desquels le recourant Peissard veut faire découler la responsabilité du défendeur Fasel. »

Ce n'est qu'à titre d'hypothèse, ou de supposition, que, plus loin, la Cour cherche à expliquer la lésion de Peissard en admettant que la canne de celui-ci aurait fait ressort sous l'action des efforts que Fasel faisait pour l'arracher à son propriétaire; mais il n'en résulte pas moins de l'ensemble du jugement qu'aux yeux de l'instance cantonale, Peissard n'a pas rapporté la preuve du fait à la base de son action, à savoir que le coup qu'il aurait reçu lui aurait été porté par Fasel. Dans cette situation, le recours doit être écarté, en présence de la disposition précitée de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

4° A supposer même qu'on admette comme entièrement conforme aux faits l'hypothèse formulée par la Cour d'appel, le recours n'en devrait pas moins être repoussé, puisqu'on ne peut considérer comme une faute le fait que Fasel aurait cherché à arracher à Peissard, très surexcité, la canne qu'il brandissait, en en menaçant les personnes présentes.

Tout au plus pourrait-on admettre qu'en ce faisant, Fasel n'a pas pris assez de précautions pour éviter de blesser son adversaire, ce qui impliquerait l'existence de fautes concurrentes de la part de chacun d'eux; mais même dans ce cas l'arrêt attaqué ne reposerait pas sur une erreur de droit, puisque, aux termes de l'art. 51 C. O., « s'il y a également une faute imputable à la partie lésée, le juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout. »

Or en l'espèce l'application de cette dernière disposition se justifierait manifestement en présence des circonstances de la cause, puisque c'est certainement Peissard qui a provoqué la rixe dont il s'agit, et qu'il doit attribuer uniquement à son rôle agressif le coup reçu de la part de ceux qui luttaient avec lui pour se soustraire à ses voies de fait.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel de Fribourg, le 19 Avril 1893, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

91. Urteil vom 9. September 1893 in Sachen  
Volksbank Luzern gegen Stirnimann.

A. Durch Urteil vom 22. Februar 1893 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt :

Die Beklagte sei gehalten, den Aufschlag von 1850 Gulden, angegangen den 1. Mai 1838, ab Sitenmoos, Neuenkirch, an Kläger unbeschwert auszugeben.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zu nochmaliger Beurteilung die Streitsache an das luzernische Obergericht zurückzuweisen, eventuell es sei in Umänderung des angefochtenen Urteils Fridolin Stirnimann mit seiner Klage gegen die Volksbank des gänzlichen abzuweisen. Gleichzeitig legte die Beklagte auch Kassationsbeschwerde beim Obergerichte des Kantons Luzern ein. Letztere Beschwerde wurde vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Entscheidung vom 20. Juli 1893 abgewiesen.

C. Bei der heutigen Verhandlung wird beschlossen, es sei über die Kompetenzfrage gesondert zu verhandeln. Der Anwalt der Beklagten beantragt hierauf, das Bundesgericht möchte sich für kompetent erklären, während der Anwalt des Klägers und Re-

kursbetroffenen beantragt, das Bundesgericht möchte wegen Inkompetenz auf die gegnerische Weiterziehung nicht eintreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger vindiziert einen „Aufschlag“ (Hypothekarinstrument des luzernischen Rechtes, welches nur von Ehemännern für von ihnen bezogenes Frauengut errichtet werden konnte), errichtet von Alois Stirnimann im Sitenmoos zu Neuenkirch, angegangen den 1. Mai 1838, von 1850 Gulden (3523 Fr. 81 Cts.), welcher von dem gewesenen Gemeindefreiber von Neuenkirch, Franz Xaver Heim am 17. Januar 1889 der beklagten Bank für eine eigene Schuld verpfändet worden war. Die beklagte Bank bestritt, daß das vindizierte Hypothekarinstrument Eigentum des Klägers sei; es ist dies indes durch die angefochtene Entscheidung endgültig festgestellt worden. Im weitern machte die beklagte Bank geltend, der streitige „Aufschlag“ sei dem Gemeindefreiber Heim anvertraut gewesen, sie habe sich bei der Verpfändung in gutem Glauben befunden und sei daher gemäß § 256 und 365 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber der Vindikation des Eigentümers bei ihrem Pfandrechte zu schützen. Die erste Instanz (Bezirksgericht Luzern) erachtete diese Einwendung für begründet, die zweite Instanz dagegen hat dieselbe verworfen und die Klage gutgeheißen, indem sie ausführte, es sei nicht erwiesen, daß das Instrument dem gewesenen Gemeindefreiber Heim vom Kläger freiwillig anvertraut worden sei, daselbe hätte bei der Nachlaßteilung, durch welche es dem (damals verbeiständeten) Kläger zugeteilt worden sei, gemäß Gesetz und Beschluß des Teilungsamtes durch letzteres in die Depositalkasse eingelegt werden sollen. Dem Kläger sei jede Disposition über daselbe entzogen gewesen. Wie es habe möglich werden können, daß in der Folgezeit der gewesene Gemeindefreiber Heim über den klägerischen Titel habe disponieren können, das aufzuhellen und aus den bezüglichen Tatsachen die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen, werde der Beklagten für ein anderweitiges Verfahren überlassen werden müssen. Vor den kantonalen Instanzen sind beide Parteien — ebenso wie die kantonalen Gerichte — ohne weiters davon ausgegangen, es sei in der Sache kantonales Recht maßgebend, dagegen stützt sich nunmehr die Beschwerde der Beklagten