versicherung, indem ausdrücklich zu dieſem Zwecke die Uebergabe der Pfandurkunde an die Notariatskanzlei Sirnach verlangt wird.

3. Die Natur dieſer Klage iſt eine zweifelhafte und beſtrittene. Wo eine Grundverſicherung nur durch Löſchung vollſtändig getilgt werden kann und daher das Klagebegehren gegen den Inhaber der Pfandurkunde darauf gehen muß, daß derſelbe das Pfandobjekt freigebe und zu dieſem Behufe die Urkunde extradire, ſcheint die Klage allerdings eher einen perſönlichen Charakter zu haben und ſich als condictio sine causa darzuſtellen. Wo dagegen die Hypothek erliſcht, ſobald der Grund ihrer Errichtung dahin gefallen iſt, kann die Löſchung auch mit der dinglichen actio negatoria oder Eigenthumsfreiheitsklage erwirkt werden. Indeſſen wird die Zuläſſigkeit dieſer Klage, reſp. die dingliche Natur der Klage auf Bewilligung der Löſchung, in Theorie und Praxis vielfach auch für den erſtern Fall behauptet und zwar weſentlich geſtützt darauf, daß ſie gegen jeden nicht in gutem Glauben befindlichen Inhaber des Pfandbriefes geltend gemacht werden könne und ſich darauf gründe, daß das dingliche Recht des Pfandgläubigers, wenn auch formell noch beſtehend, in Handen des Verklagten doch materiell kraftlos ſei.

4. Wie es ſich nun im Kanton Thurgau mit der Erlöſchung von Pfandrechten und zwar ſpeziell der vorliegenden Art verhalte, iſt aus den Akten nicht genau erſichtlich und wäre es daher um ſo gewagter, dem Begehren des Rekurrenten um Aufhebung des angefochtenen Urtheils zu entſprechen, als einerſeits nach dieſem Urtheile im Kanton Thurgau entſchieden die dingliche Natur der Löſchungsklage angenommen wird und anderſeits in Wirklichkeit es ſich bloß noch um Vollziehung des Urtheils des thurgauiſchen Obergerichtes vom 25. Auguſt 1875 handelt, durch welches bereits das Nichtbeſtehen eines Rechtes des Rekurrenten an dem fraglichen Pfandbriefe ausgeſprochen worden iſt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beſchwerde iſt als unbegründet abgewieſen.

IV. Schuldverhaft. — Contrainte par corps.

78. *Arrêt du 13 Juillet 1877 dans la cause Zurkinden.*

Sous date du 3 Juin 1876, Jean Zurkinden a intenté une action en divorce à sa femme Mariette née Neyrod, domiciliée à Fribourg.

Celle-ci a, de son côté, fait assigner le demandeur à l'audience du Président du Tribunal civil de la Sarine, le 22 Juillet suivant, où elle conclut à ce qu'il lui soit alloué une pension alimentaire proportionnée aux facultés de son mari, et cela pendant le cours du procès en divorce, pension qu'elle fixe à 30 fr. par mois, modération du juge réservée.

A la dite audience, Zurkinden conclut à libération de cette conclusion, sous offre de continuer de payer à sa femme, comme du passé, un montant de 5 fr. par semaine. Le magistrat prénommé faisant application au cas des art. 88 et 65 de la loi fribourgeoise sur le mariage civil et la procédure en cette matière du 27 Novembre 1875, a admis la demande de la femme Zurkinden en ce sens que pendant l'instruction de la procédure jusqu'au jugement définitif sur l'action en divorce intentée par Jean Zurkinden, celui-ci paiera mensuellement à sa femme à titre de pension alimentaire la somme de 25 fr. exigible en deux termes égaux, au milieu et à la fin de chaque mois.

Par lettre du 4 Octobre 1876, adressée au lieutenant du Préfet du District de la Sarine, la femme Zurkinden expose que son mari, loin de remplir les devoirs que le jugement du 22 Juillet lui impose, vit en concubinage avec une tierce personne : la femme Zurkinden porte, en conséquence, plainte contre son prédit mari pour abandon de famille et demande qu'il soit fait application des art. 31 et 32 de la loi sur le paupérisme, combinés avec les art. 384 et 385 du Code pénal.

Le 13 Novembre 1876, Zurkinden reconnaît devant le lieutenant du Préfet n'avoir pas exécuté le jugement du 22 Juillet susvisé, vu sa position gênée et la nécessité de se suffire à lui-même.

Par jugement du 15 Décembre 1876, le Tribunal correctionnel de la Sarine, vu les faits constatés, attendu que Zurkinden vit en concubinage avec une jeune personne, ne remplit pas les obligations que la loi lui impose et laisse dans l'indigence et l'abandon son épouse légitime, faisant application de l'art. 385 du Code pénal fribourgeois, a condamné le dit Zurkinden à 15 jours de prison, à 3 ans d'interdiction des auberges et aux frais.

Zurkinden ayant recouru contre ce jugement, la Cour de Cassation du canton de Fribourg, par arrêt du 16 Février 1877, écarte le recours et maintient la sentence du premier juge.

C'est contre le jugement du Tribunal correctionnel, confirmé par l'arrêt susvisé, que Jean Zurkinden a recouru au Tribunal fédéral sous date du 15 Avril 1877. Il conclut à ce qu'il plaise au Tribunal prononcer la nullité de ce jugement, comme rendu en violation flagrante de la disposition de l'art. 59, 3e alinéa de la Constitution fédérale qui abolit la contrainte par corps.

Le recourant fait valoir, en résumé, à l'appui de son recours les considérations suivantes : L'art. 385 du Code pénal fribourgeois, appliqué au recourant, vise les personnes qui ne satisfont pas aux obligations qui leur incombent quant à l'entretien de leurs enfants et des autres parents que la loi met à leur charge. Or Zurkinden n'ayant point d'enfants ne peut avoir l'obligation de les entretenir : il n'est pas non plus le parent de sa femme, contre laquelle il est en instance en divorce. Cette dernière est simplement la créancière de Jean Zurkinden et ne saurait invoquer contre lui la disposition du Code pénal, en vertu de laquelle il a été injustement condamné. En la dispensant de se conformer aux prescriptions de la loi commune, le Tribunal a violé l'art. 9 de la Constitution du canton de Fribourg statuant que tous les citoyens sont égaux devant la loi : la condamnation de Zurkinden à la prison implique une véritable contrainte par corps, et viole par conséquent l'art. 59 de la Constitution fédérale qui abolit ce mode de poursuite.

Appelé à présenter ses observations sur le présent recours,

le Tribunal cantonal de Fribourg a, dans sa séance du 4 Mai 1877, décidé de se référer purement et simplement à son arrêt du 16 Février précédent, lequel lui paraît suffisant pour réfuter les allégués du recourant.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'art 385 du Code pénal du canton de Fribourg, en application duquel le recourant a été condamné à la peine de la prison, est conçu en ces termes : « Ceux qui, par suite » d'inconduite et de libertinage se mettent hors d'état de sa- » tisfaire aux obligations qui leur incombent, quant à l'entre- » tien de leurs enfants légitimes et naturels et des autres » parents que la loi met à leur charge, seront punis au ma- » ximum d'une détention à la maison de correction pendant » un an ou d'un emprisonnement de trois mois et, en outre, » de l'interdiction des auberges pour un terme de trois à » quatre ans. »

2° Il résulte avec évidence de ce texte que l'emprisonnement qu'il permet au Juge de prononcer n'est pas un moyen de contraindre un débiteur au payement de ses dettes, mais cette peine est statuée comme moyen de répression du délit spécial, prévu et défini par le même article, et consistant en ce que quelqu'un, par inconduite et libertinage, se met hors d'état de satisfaire aux devoirs de famille que la loi leur impose. Ce caractère spécial de pénalité, dès lors bien distinct de la contrainte par corps, resssort en outre avec certitude du fait que le payement par le condamné, postérieurement au jugement, des sommes par lui dues pour l'entretien des personnes énumérées à l'art. 385, n'aurait aucunement pour effet de le libérer de cet emprisonnement prononcé contre lui en vertu de ce même article.

3° En faisant application du Code pénal du canton à un délit constaté à la charge du recourant Zurkinden, les Tribunaux fribourgeois de l'ordre pénal n'ont ainsi point usé de la contrainte par corps interdite à l'art. 59 de la Constitution fédérale et ne sont pas davantage sortis de la sphère d'attributions, dont la Constitution fédérale leur a laissé le plein et exclusif exercice. La question de savoir si la femme non-divor-

cée rentre ou non dans la catégorie des *parents* indiqués à l'art 385 du Code pénal susvisé, relève également de la compétence des mêmes Tribunaux, et le Tribunal fédéral ne saurait revoir la solution définitive qu'ils lui ont donnée.

4° Il est, enfin, absolument inexact de prétendre que le délit dont Zurkinden a été reconnu coupable n'était point recherchable par la voie de la plainte au pénal dirigée contre lui par sa femme. En accueillant cette plainte, les autorités judiciaires fribourgeoises, loin de violer le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, n'ont fait que consacrer une faculté accordée par la loi dans les circonstances de la cause, à tout lésé indistinctement. Zurkinden n'a d'ailleurs aucunement excipé de l'incompétence du Tribunal correctionnel dans les débats qui ont précédé sa condamnation.

Le recours est donc, de ce chef, dénué de tout fondement.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours de Jean Zurkinden est écarté comme mal fondé.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

Unzulässige Rekurse. — Recours inadmissibles.

79. Urtheil vom 14. September 1877 in Sachen Gisler und Mattli.

A. Alexander Gisler und Michael Mattli von Spiringen beschwerten sich beim engern Bezirksrathe Uri darüber, daß die Gemeinderäthe von Spiringen und Unterschächen den Allmendnutzen unter die Korporationsgenossen ungleich vertheilen, indem sie den reichen Grund- und Hausbesitzern je sechs Stöcke Scheitwaldholz, den andern dagegen je nur drei Stöcke zuscheiden. Sie hielten diese Vertheilung für verfassungswidrig und verlangten, daß ihnen als gleichberechtigten Korporationsmitgliedern die gleiche Anzahl Stöcke Holz im Scheitwalde wie jeder andern Haushaltung zugetheilt werde. Allein der engere Bezirksrath Uri wies den Rekurs durch Beschluß vom 14. April d. J. ab, weil nach der allgemeinen Holzordnung (Landbuch Art. 299 §. 4), jeder Gemeinde überlassen bleibe, zu bestimmen, wie viele Stöcke Scheitwaldholz eine Haushaltung hauen möge, das Maß der Holzvertheilungen pro 1877 der bisherigen langen Uebung entspreche und die Bestätigung der gemeindräthlichen Vergebungslisten bereits unterm 17. März hierorts stattgefunden habe, ohne daß damals Protestation gegen dieselbe erhoben worden sei.

B. Ueber diesen Beschluß führten Gisler und Mattli Be-