

divorzio influire sul diritto della moglie di chiedere unicamente la separazione personale, nè tale domanda giustifica l'applicazione del lemma 3 dell'art. 146. Che la moglie, la quale si limita a chiedere la separazione personale, debba con una seconda azione di divorzio essere condotta a dichiarare se intenda di prestarsi in avvenire ad una vita in comune, potrà apparire singolare, ma è nondimeno conforme ai disposti di legge. Nè esiste qualsiasi contraddizione fra il disposto dell'art. 146, lemma 3, e quello dell'art. 142, lemma 2. L'art. 142 stabilisce le condizioni giuridiche e di fatto nelle quali può essere presentata una domanda di divorzio. L'art. 146 crea invece una specie di potere discrezionale del giudice, dandogli facoltà in certi casi, eccetto nell'eventualità dell'alinea 3°, di pronunciare anche solamente la separazione, non ostante che esistano le condizioni pel divorzio.

4. — Sulla questione di sapere a chi debba essere affidata la figlia Elsa, è d'uopo ricordare che la possibilità di un affidamento della prole a terzi venne riconosciuta dal Tribunale federale già in una sentenza 2 luglio 1914 nella causa Heer c. Heer (Praxis III, 149). Ma perchè ciò sia fattibile, devono verificarsi gli stessi requisiti che sono necessari secondo l'art. 285 per la privazione della patria potestà. I quali requisiti non ricorrono nel caso concreto. Chè alla madre non si può rinfacciare nè un abuso di potestà, nè una trascuranza grave dei propri doveri, nè tanto meno appare essa incapace di dirigere l'educazione della figlia. Tale educazione viene declinata dal padre, il quale vorrebbe che venisse affidata alla nonna. Questa non è in sostanza nella causa attuale che un terzo, per cui ammesso anche che la figlia potrebbe trovare migliore sostegno presso la nonna, deve, nella scelta fra un terzo e la madre, prevalere il diritto materno.

5. — Le questioni secondarie relative alle conseguenze patrimoniali vennero dall'istanza cantonale liquidate in senso adeguato. L'obbligo del convenuto di provvedere

durante la separazione al mantenimento della moglie, emerge dal disposto dell'art. 160, lemma 2. L'importo di fr. 200 al mese fissato dall'istanza cantonale, compresi gli alimenti per la figlia, non è disproporzionato alla situazione finanziaria del convenuto, quale risulta specialmente dal genere di vita che conduce. Il giudice cantonale è del resto in posizione migliore di questa Corte per apprezzare simili circostanze di fatto.

Per questi motivi,

il Tribunale federale

pronuncia:

È preso atto della dichiarazione di desistenza dall'appello fatta nell'odierna udienza dall'interveniente in causa ed è respinta l'appellazione del convenuto e confermata di conseguenza la sentenza 25 maggio 1914 della Camera civile del Tribunale di Appello del Cantone Ticino.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

79. Arrêt de la II^e section civile du 29 octobre 1914
dans la cause Société Immobilière Clairière-Pelouse
contre Ulrich.

Droit de voisinage: art. 684 CCS. Immeuble locatif construit à proximité d'un manège dégageant des odeurs désagréables. Droit du propriétaire d'exiger les mesures propres à les faire cesser, malgré l'observation des prescriptions des règlements de police par le propriétaire du manège et malgré l'antériorité de son établissement. Importance de cette dernière circonstance dans la fixation des dommages-intérêts.

A. — Le défendeur Ulrich a fait construire à Champel en 1894, sur un terrain acheté par lui, un manège

qu'il exploite depuis cette époque et dans lequel il tient 30 à 40 chevaux. Le quartier qui alors était encore peu bâti a vu s'élever depuis de nombreux immeubles locatifs, de caractère généralement luxueux.

En 1911, la Société demanderesse est devenue propriétaire d'un terrain à l'intersection du boulevard de La Cluse et de la rue de la Pelouse ; elle y a fait construire une importante maison locative qui n'est séparée que par la rue de la Pelouse de la façade nord du manège du défendeur. Le long de cette façade court un couloir long de 54 m., large de 1 m. 60 qui aboutit à une fosse à fumier située juste en face de l'immeuble de la Société. Trois portes donnent accès des écuries sur le couloir, par ces portes on sort chaque jour le fumier et on le transporte au moyen de véhicules ouverts dans la fosse qui est longue de 8 m. 2, large de 1 m. 5 et profonde de 1 m. 5. Elle est vidée deux fois par semaine ; l'opération commence à 5 h. du matin et dure environ trois heures.

B. — La Société a ouvert action à Ulrich en concluant à ce qu'il soit tenu de prendre toutes mesures nécessaires pour faire cesser les émanations et autres inconvénients provenant de l'exploitation de son immeuble — ces mesures devant être précisées par une expertise et la Société étant autorisée à les exécuter aux frais du défendeur, faute par lui d'y pourvoir lui-même. Elle conclut de plus à 4000 fr. de dommages-intérêts.

A l'appui de ces conclusions elle allègue que des émanations putrides s'échappent soit des écuries, soit de la fosse à fumier, qu'elles sont spécialement intolérables aux heures où l'on vide la fosse, qu'en outre des mouches en grand nombre et des rats proviennent des écuries du défendeur et se répandent dans les immeubles avoisinants, que les inconvénients de ce voisinage l'ont empêchée de louer trois appartements d'un loyer annuel de 4800 fr. et que plusieurs locataires se sont plaints et ont menacé de résilier.

Le Tribunal de première instance a écarté les conclusions de la demande par le motif que le défendeur s'est strictement conformé et se conforme strictement à toutes les prescriptions de police qui constituent l'usage local.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement et a ordonné au défendeur de procéder, dans un délai de trois mois, aux travaux indiqués par les experts, à savoir : couvrir la fosse d'une dalle en béton armé, la fermer au moyen de portes fermant hermétiquement, installer une cheminée de ventilation. Elle a condamné de plus le défendeur à 300 fr. d'indemnité et elle a partagé entre les parties les dépens et le coût de l'expertise.

La Société demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral. Elle estime que les mesures ordonnées et l'indemnité allouée sont insuffisantes et reprend ses conclusions. Subsidiairement elle demande le renvoi de la cause pour complément d'instruction. Plus subsidiairement elle demande que ses droits soient réservés pour le cas où les mesures ordonnées n'aboutiraient pas à la cessation des émanations et du trouble constatés.

Le défendeur s'est joint au recours et a conclu à libération complète des conclusions de la demande.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — Sur la base des constatations de fait de l'arrêt attaqué il est incontestable que, telle qu'elle est exploitée actuellement, l'industrie du défendeur entraîne des inconvénients sérieux pour la Société demanderesse, que notamment les odeurs de fumier qui se répandent dans son immeuble sont de nature à incommoder les locataires et même à nuire à leur santé. L'instance cantonale a jugé que ces inconvénients dépassent la limite de la tolérance que se doivent les voisins eu égard soit à la situation et à la nature des immeubles, soit à l'usage local. Pour déterminer la limite de cette tolérance elle a, avec raison, tenu compte du caractère général du

quartier où est établi le manège et elle a constaté que, s'il comprend encore d'autres écuries (d'ailleurs beaucoup moins importantes que celle du défendeur), il ne peut cependant pas être considéré comme un quartier d'écuries avec le caractère duquel cadrerait la présence d'un manège contenant de 30 à 40 chevaux. Du reste ce n'est pas à ce point de vue essentiellement que se place le défendeur ; à l'appui de ses conclusions libératoires il invoque surtout le fait que son manège existait nombre d'années avant la construction de l'immeuble de la Société et qu'il est installé et exploité conformément aux règlements sur la matière. Mais ni l'une ni l'autre de ces circonstances ne s'oppose à l'application de l'art. 684 CCS.

En ce qui concerne tout d'abord l'antériorité de l'établissement du manège, on ne saurait admettre qu'elle prive la Société du droit de demander la cessation des troubles que ce voisinage incommode lui occasionne. Il n'existe pas de droit de pré-occupation à raison duquel celui qui élève une construction à proximité d'un établissement industriel antérieurement créé se soumettrait par là même aux inconvénients qui peuvent en résulter pour sa propriété. Sans doute il est possible qu'à l'époque où le manège a été construit il fût en harmonie avec les conditions locales et qu'aucun voisin n'eût à se plaindre d'émanations qui alors pouvaient passer pour normales. Mais il est inévitable que par suite de l'extension de la ville la situation se transforme et que, le caractère du quartier étant modifié, de normales et admissibles ces émanations deviennent intolérables pour le nouveau voisinage. En pareil cas l'intérêt particulier du propriétaire doit céder le pas à l'intérêt général et il doit adapter son établissement aux exigences nouvelles (v. dans ce sens WIELAND, Droits réels I p. 321, LEE-MANN, Note 12 et 19 sur art. 684, ORTLOFF, Aus dem Nachbarrecht : Archiv für bürg. Recht 26 p. 329 et suiv., RIEHL, Ueber Immissionsprozesse : Gruchot's

Beiträge 51 p. 143-144, STAUDINGER, Commentaire $\frac{7}{8}$ éd. Notes I 5 c et 6, III b, c, d, sur § 906, BAUDRY-LACANTINERIE, Des biens p. 164-165, Pandectes françaises sous Propriété Nos 195 et suiv.). Il pourrait en être autrement si cette modification apportée au caractère du quartier était attribuable à la Société elle-même, si c'était elle seule qui avait changé la physiologie générale des lieux et par conséquent aussi les besoins locaux ; dans ce cas le défendeur pourrait peut-être se mettre au bénéfice de l'état ancien des choses, tel qu'il existait avant qu'il eût été arbitrairement transformé par la demanderesse. Mais en fait il est constant que depuis l'établissement du manège la transformation qui s'est opérée dans la nature du quartier a été toute générale et n'est pas due uniquement aux constructions de la Société demanderesse ; celle-ci peut donc, malgré l'existence antérieure du manège, obliger le défendeur à se plier désormais aux exigences du voisinage actuel.

D'autre part, ces exigences ne sont pas nécessairement identiques à celles contenues dans les règlements de police. Les prescriptions de police fournissent, il est vrai, des indications au sujet de l'usage local, elles contribuent à le créer, mais elles n'en donnent pas toujours la mesure exacte. Il est concevable, il est même fréquent qu'elles restent en deçà de ce qui, dans un endroit déterminé, est considéré comme conforme aux convenances et aux obligations de voisinage. Edictées parfois pour un territoire étendu et faisant forcément abstraction des circonstances particulières, elles peuvent n'être pas adaptées aux conditions spéciales de telle localité. Lorsqu'il s'agit de fixer l'usage local au sens de l'art. 684 CCS, on ne doit donc pas s'en tenir exclusivement à ce qui est prescrit par les ordonnances de police (v. STAUDINGER III a sur § 906, LEEMANN Note 20 sur art. 684, Pandectes loc. cit. N° 189) et c'est à bon droit que l'arrêt attaqué a considéré comme sans importance le

fait que le défendeur s'est conformé aux règlements, du moment que les mesures qu'ils imposent sont impuissantes à empêcher les inconvénients dont se plaint la Société demanderesse et que ceux-ci, d'après les constatations souveraines de l'instance cantonale, excèdent la limite de ce que les voisins sont tenus de tolérer eu égard à l'usage local. Mais d'ailleurs on doit observer que, même au point de vue du droit administratif genevois, il ne suffit pas que le propriétaire d'une écurie ou d'un établissement similaire observe strictement les prescriptions de police ; en effet, à teneur de l'art. 31 du Règlement d'application de la loi sur les routes, ces établissements « ne seront tolérés que si, par leur destination, leur genre de construction, leur forme et leurs moyens de ventilation, ils sont dans l'impossibilité de nuire sous aucun rapport aux logements voisins et l'autorisation pourra être retirée s'il est constaté que ces installations nuisent à la salubrité publique. » Si donc l'observation des règlements de police ne met pas le propriétaire à l'abri d'un retrait d'autorisation, à bien plus forte raison ne fait-elle pas échec aux réclamations des voisins fondées sur l'art. 684 CCS.

Enfin, si l'on met en balance l'intérêt qu'a le défendeur à continuer à exploiter son manège dans les conditions actuelles et l'intérêt opposé qu'a la Société à faire cesser les abus constatés (v. RO 40 II p. 30 et suiv.), il n'est pas douteux que c'est ce dernier intérêt qui est prépondérant. En effet, les mesures ordonnées par l'arrêt attaqué n'occasionneront au défendeur qu'une dépense minime (d'après les experts, 617 fr.) et ne rendront ni plus difficile, ni plus onéreuse l'exploitation. Quant à savoir si ces mesures sont appropriées aux circonstances et si elles sont suffisantes pour remédier aux désagréments dont se plaint la demanderesse, c'est là une question d'ordre purement technique et le Tribunal fédéral est mal placé pour revoir la solution que l'instance cantonale lui a donnée après avoir pris l'avis d'experts.

Bien qu'on puisse avoir des doutes sur l'efficacité de certaines de ces mesures et qu'on puisse notamment se demander s'il n'aurait pas mieux valu obliger le défendeur à faire enlever quotidiennement le fumier, le Tribunal fédéral n'a pas de motifs suffisants pour substituer son appréciation à celle de l'instance cantonale qui a posé en fait que « les travaux ordonnés constituent le meilleur moyen de ramener à un minimum les désagréments résultant de l'existence et de l'exploitation du manège » ; il est lié par cette constatation qui n'est dans tous les cas pas contraire aux pièces du dossier.

Quant à la conclusion de la recourante tendant à ce que ses droits soient réservés pour le cas où les mesures ordonnées se révéleraient insuffisantes, on doit observer qu'elle a été prise pour la première fois devant le Tribunal fédéral, lequel ne peut donc (art. 80 OJF) statuer à son sujet.

2. — En ce qui concerne l'indemnité de 300 fr. allouée, la demanderesse soutient qu'elle est insuffisante à réparer le préjudice causé, car les incommodités résultant du voisinage du manège l'ont empêchée de louer trois appartements d'un loyer annuel de 4800 fr. Outre que l'offre de preuve formulée sur ce point a été écartée par des motifs de procédure cantonale qui échappent à la compétence du Tribunal fédéral, l'arrêt attaqué laisse voir clairement que la Cour a estimé qu'en tout état de cause ces appartements seraient restés vides — la location immédiate de tous les appartements d'un grand immeuble neuf étant fort improbable — et qu'en réalité la Société n'a subi aucun dommage. Dans ces conditions, l'indemnité accordée *ex aequo et bono* en l'absence de tout préjudice positif constaté ne se justifie pas. Elle se justifie d'autant moins qu'en achetant un terrain à bâtir à proximité immédiate du manège, la demanderesse s'est volontairement exposée aux ennuis et aux frais que ce voisinage devait entraîner pour elle jusqu'au moment

où elle aurait obtenu, amiablement ou par la voie judiciaire, les modifications nécessaires ; on a exposé ci-dessus que l'antériorité de l'exploitation du manège ne la privait pas du droit d'exiger ces modifications, mais au point de vue des dommages-intérêts il est équitable de prendre cette circonstance en considération (v. dans ce sens Pandectes françaises, loc. cit. N° 196). Aussi bien il est à supposer que le fait de la proximité du manège a dû influencer sur le prix d'achat du terrain et qu'ainsi le dommage qu'a pu subir la Société se trouve compensé d'avance par la diminution du prix de revient de sa construction.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

I. Le recours principal est écarté.

II. Le recours par voie de jonction est partiellement admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la demanderesse est déboutée de ses conclusions en dommages-intérêts.

Pour le surplus, l'arrêt attaqué est confirmé, tant sur le fonds que sur les dépens.

80. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. November 1914 i. S.
Konkursmasse Waldvogel, Beklagte, gegen
J. Frutig's Söhne, Kläger.

Unwirksamkeit des in Art. 837 ZGB gewährten « Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes », speziell des Anspruchs auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts, gegenüber den Konkursgläubigern des zur Pfandbestellung Verpflichteten, wie auch gegenüber allfälligen Dritterwerbfern der in Betracht kommenden Liegenschaft.

A. — Der Vater und Rechtsvorgänger der Kläger hat im Sommer 1912 zu einem von Franz Waldvogel in

Gunten auf eigenem Grund und Boden errichteten Neubau verschiedene Arbeiten im Fakturawert von 18,974 Fr. 30 Cts. geleistet, wovon noch 9039 Fr. 30 Cts. ausstehen.

B. — Nachdem am 3. Oktober 1912 über Waldvogel der Konkurs erklärt worden war, erwirkte Frutiger Vater am 14. Oktober 1912 für seine Werklohnforderung gegen Waldvogel die Vormerkung (« vorläufige Eintragung ») eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch der Gemeinde Sigriswil. Innerhalb der ihm im Sinne des Art. 961 ZGB (Schlussatz) zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches gesetzten Frist erfolgte sodann die Einreichung der vorliegenden Klage, mit den Rechtsbegehren :

1. (Feststellung des Forderungsbetrages von 9039 Fr. 30 Cts.).

2. (Antrag bloss formeller Natur).

3. Die Beklagte habe anzuerkennen, dass für obige Summe auf der erwähnten Liegenschaft ein Bauhandwerkerpfandrecht laste.

4. Das in Ziff. 3 genannte Grundpfandrecht sei in die Grundbücher der Gemeinde Sigriswil einzutragen.

C. — Durch Urteil vom 17. Juni 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern sämtliche Klagebegehren zugesprochen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — (Betrifft die Berechnung des geschuldeten Betrages).

2. — Die Entscheidung über das dritte klägerische Rechtsbegehren erfordert eine Stellungnahme des Bundesgerichts zu der bekannten Kontroverse, ob der in Art. 837 ZGB gegebene « Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes » nur gegenüber dem Verkäufer, Miterben, Gemeinder oder Bauherrn persönlich,