

faitement compétentes pour instituer une curatelle ad hoc à teneur de l'art. 392 du CC, ainsi qu'elles l'ont fait par leur décision du 20 février 1912.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué annulé ; en conséquence l'exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs est déclarée mal fondée.

**78. Sentenza 30 settembre 1914 della II<sup>a</sup> sezione civile  
nella causa Deflippis contro Deflippis.**

Separazione dei coniugi per adulterio del marito. La conoscenza e il silenzio da parte dell'altro coniuge non implicano per sé stessi consentimento o perdono. Art. 137, al. 3. CC. Per l'applicazione dell'al. 3 dell'art. 146 è necessario che la domanda di divorzio, presentata riconvenzionalmente, abbia fondamento giuridico. Prevalenza della madre su terzi nella questione d'affidamento della prole.

A. — I coniugi D. passarono a nozze il 24 ottobre 1898. Il marito era allora in età di 22 anni, la moglie di 23. Dal matrimonio nacque nel 1899 una bambina, Elsa, affidata durante la causa alla custodia della madre. Ambedue i coniugi appartengono a famiglia agiata e conducono vita oziosa. La moglie di carattere chiuso, molle ed apatico non si alza, come del resto anche il marito, che verso le 11 e lascia che la suocera soprintenda all'economia domestica. Già dal 1904 il marito vive in rapporto di concubinato, dapprima con certa P., ora, dal 1908 in poi, con una ex-cameriera R., dalla quale ha figli e colla quale passa regolarmente le notti e si mostra in pubblico. La moglie a cui son noti questi rapporti, non trovò mai l'energia necessaria per reagire. Già da alcuni anni i coniugi abitano in un appartamento atti-

guo alla suocera, colla quale prendevano anche i pasti in comune. La suocera tentò indarno di ricondurre il figlio a miglior genere di vita; colla nuora viveva in buoni rapporti, finchè, bisticciatasi seco lei per un'inezia e trattata di impostora, le mostrò la porta dell'appartamento. La nuora intendeva allora, nel 1911, l'azione di divorzio, appoggiandosi ad adulterio ed a grave offesa all'onore. Questa domanda veniva poi modificata, dopo l'entrata in vigore del nuovo CC, nel senso che venisse pronunciata la separazione dei coniugi a tempo indeterminato, che la figlia Elsa fosse affidata alla madre, che il marito avesse a corrispondere a titolo di sussistenza per la moglie e per la figlia fr. 600 mensili e che fossero concessi alla moglie i suoi beni dotali e parafernali. Rispondendo il convenuto conchiudeva riconvenzionalmente a che fosse pronunciato il divorzio per scossa profonda ai vincoli matrimoniali e che la figlia fosse affidata alla nonna, la quale, intervenuta in causa, si associava a tale domanda. Il convenuto si offriva di provvedere alle spese di mantenimento e di educazione della figlia, ma si rifiutava a qualsiasi pensione in favore della moglie. Egli ammetteva bensì di vivere in adulterio, ma contestava all'attrice il diritto di invocare questo titolo, perchè implicitamente consenziente. La domanda riconvenzionale di divorzio veniva da lui fondata sul contegno freddo ed apatico della moglie che si era, secondo lui, manifestato in modo caratteristico nel rifiuto della moglie, durante una sua malattia nel 1908, di porgergli un bicchiere d'acqua. Oltre a ciò avere la moglie trascurato anche l'economia domestica e risposto con completa apatia a tutti i suoi tentativi di ravvicinamento.

La prima istanza cantonale ammetteva la domanda di divorzio per scossa profonda ed irreparabile ai legami matrimoniali prodottasi principalmente per colpa del marito ed affidava la figlia Elsa alle cure della nonna, le spese di educazione a carico del marito, al quale veniva fatto obbligo di corrispondere alla moglie un sussidio

mensile di fr. 75. La seconda istanza pronunciava invece:

1° accogliendo la domanda di separazione della moglie;

2° respingendo la domanda di divorzio del marito e affidando la figlia Elsa alle cure della madre con obbligo pel marito ad un contributo mensile di fr. 200 in favore della moglie e della figlia.

B. — È contro questo giudizio, in data 25 maggio 1914, intimato alle parti il 1° luglio succo, che il convenuto e l'interveniente dichiararono con atto 10 luglio di appellarsi al Tribunale federale.

#### Considerando in diritto:

1. — Non essendo contestato, anzi ammesso l'adulterio del convenuto prima e durante la causa di divorzio, resta a vedere se per l'applicazione dell'art. 137 CC, la moglie non si sia privata essa stessa del diritto di chiedere la separazione accettando, con tacito consenso, il metodo di vita del marito. La semplice conoscenza dell'adulterio, anche se di lunga data e non seguita da proteste, non basta per far considerare la moglie come tacitamente assenziente. Il difetto di reazione da parte della moglie si spiega facilmente, data la sua indole floscia ed apatica e le convinzioni religiose che la dovevano necessariamente rendere esitante ad introdurre l'azione di divorzio, la sola possibile secondo la legislazione allora in vigore. Un consentimento anche generico è del resto revocabile già in ragione dell'interesse pubblico che esiste per non lasciar sussistere una simile situazione anormale. E se anche consenziente pel passato, poteva la moglie rifiutarsi di consentire per l'avvenire. Ora, nel fatto di aver introdotto l'azione di divorzio, essa ha fatto certamente atto di revoca e di rifiuto. Di conseguenza appare fondata la domanda dell'attrice, appoggiata com'è ad un titolo specifico di legge, nell'occorrenza del quale diventa inutile di vedere se nel contegno del marito non incomba parte di responsabilità anche alla moglie.

2 — Ingiustificata invece è la riconvenzionale del ma-

rito. Tutto ciò che egli poté addurre per motivare la sua domanda di divorzio è il contegno freddo ed apatico della moglie, la sua inerzia domestica e quasi si direbbe la mancanza di reazione energica al suo genere di vita intollerabile. Nessun altro addebito poté essere fatto all'attrice. Ma come già osservò l'istanza cantonale, la debolezza, l'inerzia, la rassegnazione della moglie, per quanto forse eccessive, non sono per sé titoli di divorzio e non furono certo la causa efficiente della scissura fra i coniugi, sebbene vi abbiano forse psicologicamente contribuito. Che l'adulterio del marito abbia avuto per conseguenza di alienargli l'animo della moglie, è cosa più che naturale. Ma in quanto la colpa della moglie era preesistente all'adulterio del marito, sarebbe stato dovere di quest'ultimo di scuoterla, infonderle maggiore attività ed accaparrarsene meglio l'animo, anzichè fomentarne ancora l'indolenza col proprio genere di vita inerte ed ozioso. Che ciò sia stato seriamente tentato dal marito, non venne dimostrato. Se i vincoli matrimoniali sono ora scossi e distrutti, è quindi al marito e non alla moglie che ne incombe la responsabilità, nè può tale stato di cose costituire pel marito un titolo di divorzio (art. 142, lemma 2).

3. — Fondata essendo quindi solo la domanda della moglie, non quella del marito, e non avendo la moglie concluso che alla separazione personale, è solo la separazione che può e deve essere pronunciata in base all'art. 146, lemma 2. Il lemma 3 di tale articolo statuente che, se è domandato il divorzio, la separazione può essere pronunciata solo se la riconciliazione dei coniugi sembra probabile, presuppone che la domanda di divorzio, presentata dall'altro coniuge in via riconvenzionale, abbia fondamento giuridico. Ma se manca tale fondamento, sia perchè i vincoli matrimoniali non sono profondamente scossi, sia perchè, se tale scossa esiste, è dovuta unicamente o in modo preponderante alla colpa del marito, non può la domanda riconvenzionale di

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<sup>e</sup> 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