

(*verbis* : « Die unterzeichneten Erben », « Die Unterzeichneten, als Erben.... », « Die Unterzeichnete, als Erbin.... ») bezeichnet und es im Uebrigen der Beklagten überlassen, zu prüfen, ob sie auf Grund der ausgestellten, bezw. noch auszustellenden Vollmachten zur Zahlung an Wüst berechtigt sei, bezw. berechtigt sein werde. Die Beklagte aber kann sich, wenn sie diese Frage unrichtig beantwortet hat, auf ihren Rechtsirrtum ebensowenig berufen, wie jeder andere Schuldner oder Drittschuldner, der am unrichtigen Orte gezahlt hat.

7. — Aus dem Gesagten ergibt sich einerseits die Gutheissung der Klage des Jakob Flückiger, anderseits die Abweisung der Widerklage, soweit diese nicht von der Vorinstanz — im Sinne einer der Beklagten für die rechtsgültige Zahlung der 11,000 Fr. geschuldeten, übrigens selbstverständlichen Gegenleistung (Einwilligung in die Löschung oder Reduktion der Kaufbriefschuld von 11,000 Fr.) — teilweise gutgeheissen worden ist.

Von einem Handeln wider Treu und Glauben, im Sinne des von der Beklagten in ihrer Berufungserklärung für sich in Anspruch genommenen Art. 2 Abs. 1 ZGB, sowie ihrer Ausführungen in der Klagbeantwortungsschrift, kann im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden; ebensowenig von einem Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2. Der Kläger Jakob Flückiger ist durch den Fortbestand seiner Haftung gegenüber der Erbengemeinschaft, neben seiner Haftung gegenüber der Beklagten auf Grund der neuen Grundpfandverschreibung, tatsächlich um 11,000 Fr. geschädigt; die Erbengemeinschaft aber würde ihrerseits denselben Schaden erleiden, wenn sie, ohne in den Besitz jener Summe gelangt zu sein, den Beklagten aus seiner Schuldpflicht entlassen würde. Die einzige mit den Grundsätzen über Treu und Glauben vereinbare Lösung besteht somit darin, dass die Beklagte den von ihr zu Unrecht an Wüst bezahlten Betrag zu Händen der Berechtigten nochmals bezahle.

**Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :**

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 12. Februar 1915 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

**26. Arrêt de la II^e section civile du 5 mai 1915 dans la cause
Wenker, défendeur, contre Rothacher, demandeur.**

Art. 674, 685 et 686 CCS. Construction élevée en dehors des distances légales; demande du propriétaire tendant à la constitution d'une servitude obligeant le propriétaire du fonds voisin à tolérer le maintien de la construction. Droit fédéral applicable malgré que la construction soit antérieure à l'entrée en vigueur du CCS. Application par analogie des règles sur l'empiétement sur fonds d'autrui. Nature réelle des droits dérivant de l'empiétement. Conditions de l'exercice de ces droits : notion de la bonne foi du constructeur.

Le mur de la maison du défendeur Wenker est construit à la limite du fonds du demandeur Rothacher. Dans cette façade trois fenêtres ont été pratiquées en 1902-1903, alors que l'immeuble appartenait à César Minini; ce travail a été fait avec l'assentiment de Michel Minini, frère de César, qui alors était propriétaire du fonds appartenant aujourd'hui à Rothacher. Aucune servitude n'a été constituée, quoique l'ouverture des fenêtres fût contraire à l'art. 528 du CC neuchâtelois qui disposait que « nul ne peut avoir des vues droites... sur le fonds de son voisin s'il n'y a trois pieds (90 cm.) de distance entre le mur où on les pratique et le dit fonds ». La loi neuchâteloise d'introduc-

tion au CCS a maintenu (art. 64) cette disposition en vigueur, en ajoutant (art. 66) que lorsque les constructions ou installations contraires à cet article ont été tolérées pendant cinq ans la suppression ou la modification ne peut plus en être exigée ; pour les constructions et installations déjà existantes au 1^{er} janvier 1912, les cinq ans courent dès cette date.

Par demande du 13 décembre 1913 Rothacher a conclu à ce que Wenker soit tenu d'obstruer les dites fenêtres, plus un soupirail de cave pratiqué dans le même mur.

Wenker a conclu à la reconnaissance de la servitude de vue par une fenêtre de cave, servitude acquise par prescription, et à la constitution moyennant indemnité équitable à fixer par le tribunal d'une servitude nouvelle de vue s'exerçant par les trois fenêtres existantes. De plus, il conclut à ce que Rothacher soit tenu d'enlever le rablon, le fumier et le poulailler adossés au mur de l'immeuble Wenker, ainsi que de la terre amoncelée contre le mur de l'immeuble. Ces conclusions, en ce qui concerne les trois fenêtres, se fondent sur les art. 685 et 674 CCS.

Par jugement du 2 février 1915, le Tribunal cantonal a constaté l'accord des parties en ce qui concerne le soupirail, donné acte au défendeur des offres faites par le demandeur quant au rablon et au poulailler, déclaré pour le surplus la demande bien fondée et écarté les conclusions du défendeur en ce qui concerne les trois fenêtres; le jugement est motivé comme suit : L'article 685 CCS n'est pas applicable, car il ne s'agit pas ici d'une construction, aucun reproche n'étant adressé à la maison même et seules les fenêtres soulevant le litige ; elles ont été pratiquées au mépris des règles sur les distances légales et ce sont là des normes qui, d'après l'article 686, sont fixées par le droit cantonal ; le demandeur peut donc se placer au bénéfice de l'article 528 CC maintenu par la loi d'introduction et exiger par conséquent la suppression des fenêtres.

Le défendeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant les conclusions résumées ci-dessus.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — Devant l'instance fédérale les deux parties ont déclaré que l'objet du litige avait une valeur supérieure à 4000 fr. Il est vrai que le dossier cantonal ne fournit aucune indication à ce sujet et le Tribunal fédéral a jugé (PRAXIS II, n° 199) que cette lacune ne peut être comblée au moyen d'une déclaration contenue seulement dans le recours. Mais cette jurisprudence ne saurait s'appliquer au cas particulier : il s'agit en effet d'une sorte d'expropriation privée réclamée par le défendeur ; devant l'instance cantonale le demandeur s'est borné à en contester le principe même, mais il doit être admis à formuler jusqu'au dernier moment, comme il l'a fait devant le Tribunal fédéral, le chiffre de l'indemnité à laquelle il estime avoir droit au cas où en principe les conclusions du défendeur seraient reconnues fondées.

2. — Bien que l'ouverture des fenêtres soit antérieure au 1^{er} janvier 1912, le CCS est applicable au présent litige. D'après l'art. 17 al 2 Tit. fin. CCS et conformément au principe général de l'art. 3, l'étendue de la propriété est régie par la loi nouvelle dès son entrée en vigueur. Or la contestation porte bien sur l'étendue du droit de propriété du demandeur, car pour revendiquer la faculté de maintenir les fenêtres pratiquées dans le mur de sa maison le défendeur se fonde, non sur une convention — dont il y aurait lieu de déterminer les effets à la lumière de la législation sous l'empire de laquelle elle a été conclue, — mais sur la loi elle-même, l'obligation du propriétaire de tolérer un empiètement ou une construction élevée en dehors des distances prescrites constituant une restriction légale de la propriété. Peu importe que cette construction ait été faite sous l'empire du droit neuchâtelois ; l'état de fait ainsi créé s'est perpétué jusqu'à ce jour, il n'en est résulté aucun droit acquis avant la date de l'entrée en vigueur du CCS (Tit. fin. art. 4) et aujourd'hui la question à ré-

soudre est celle de savoir s'il est contraire au droit de propriété du demandeur tel qu'il se trouve délimité par la loi elle-même ; il est évident que cette question ne peut être tranchée qu'en vertu de la loi actuelle (même solution admise en droit allemand, v. STAUDINGER, Note VIII sur § 912 BGB et Note 39 sur art. 181 loi d'introduction, RG 46 p. 143 et suiv.).

3. — Tout en admettant que le CCS est applicable en principe, l'instance cantonale a jugé que le défendeur ne peut invoquer les dispositions des art. 685 al. 2 et 674 al. 3 parce qu'il s'agit d'une matière réservée par le Code lui-même (art. 686) à la législation cantonale. Cette manière de voir est erronée. Sans doute l'art. 686 dispose que c'est la législation cantonale qui détermine les distances à observer dans les constructions. Mais les conséquences de l'observation de ces distances sont réglées par le droit fédéral, soit par l'art. 685 al. 2 qui déclare applicables aux constructions contraires aux règles sur les rapports de voisinage les dispositions concernant les empiètements sur fonds d'autrui. Cette délimitation des compétences fédérale et cantonale est conforme à la nature des choses : s'il se justifie, à raison de la diversité des circonstances locales, de laisser aux cantons le soin de fixer les distances requises, par contre en ce qui concerne les droits du propriétaire lésé par l'observation de ces prescriptions, une réglementation uniforme s'impose, car c'est le contenu même du droit de propriété qui est en jeu et l'on ne saurait admettre que ce droit diffère de canton à canton. C'est donc à tort que le Tribunal cantonal s'est demandé si c'est l'art. 685 ou l'art. 686 qui est applicable ; ces dispositions sont applicables l'une et l'autre : en vertu de la réserve insérée à l'art. 686 on recherchera si le défendeur a observé la distance imposée par le droit neuchâtelois — et sur ce point les deux parties sont d'accord qu'il ne l'a pas observée ; et, en vertu de l'art. 685 al. 2 combiné avec l'art. 674 al. 3, on recherchera si et à quelles conditions le demandeur peut néanmoins être tenu de tolérer la construction ainsi

élevée contrairement aux prescriptions légales. Le jugement attaqué objecte que l'art. 685 ne parle que de « constructions » et que dans le cas particulier ce sont des fenêtres, et non pas des constructions, qui font l'objet du litige. Cette observation n'est pas justifiée : outre qu'elle conduirait à écarter également l'application de l'art. 686 — lequel, tout comme l'art. 685, mentionne seulement les « constructions », — il est impossible d'interpréter d'une façon aussi restrictive le terme employé par la loi ; la distinction entre le mur en lui-même et les fenêtres qui y ont été pratiquées est insoutenable, car il va sans dire que, par suite de l'ouverture des fenêtres, le mur dans son ensemble, tel qu'il se présente actuellement, a pris le caractère d'une « construction contraire aux règles sur les rapports de voisinage ».

En résumé donc l'art. 66 de la loi neuchâteloise d'introduction sur lequel l'instance cantonale s'est basée pour écarter les conclusions du défendeur est sans application possible, cette disposition constituant un empiètement dans un domaine régi exclusivement par le droit fédéral ; c'est à la lumière des règles posées par le CCS que la cause doit être jugée (dans ce sens, WIELAND, Note 2 et LEEMANN, Note 7 sur art. 685).

4. — L'article 685 al. 2 se réfère, en ce qui concerne les constructions élevées au mépris des distances légales, aux règles édictées par l'art. 674 au sujet des empiètements. Il y a cependant une distinction à faire, l'art. 674 prévoyant deux alternatives — maintien de l'empiètement à titre de droit réel ou cession de la surface usurpée — et cette seconde alternative étant exclue dans le cas de l'art. 685 puisque la surface appartient déjà au propriétaire qui a bâti. Par contre il lui reste l'autre faculté, celle d'exiger que le voisin tolère la construction. C'est bien en cela que consiste la prétention du défendeur qui tend à la constitution d'une servitude sur le fonds du demandeur. Cette servitude obligerait le propriétaire du fonds servant à s'abstenir de demander la suppression de l'ouvrage con-

traire au droit, c'est-à-dire à s'abstenir d'exercer un droit inhérent à la propriété — ce qui est en effet, d'après l'art. 730, l'un des objets possibles des servitudes admises par le Code.

5. — Les conclusions du défendeur ne se heurtent pas au fait que les fenêtres ont été pratiquées par un anté-possesseur et à une époque où l'immeuble Rothacher n'était pas encore propriété du demandeur. On ne saurait en effet considérer le droit conféré par l'art. 674 comme un droit de nature personnelle n'appartenant qu'au propriétaire qui a construit et ne pouvant être exercé que contre le propriétaire qui a omis de protester en temps utile. Une telle conception serait contraire au but même de la disposition légale qui est édictée, non dans l'intérêt personnel du constructeur, mais dans l'intérêt général, c'est-à-dire en vue d'éviter une inutile destruction de biens économiques. Cette protection de la propriété foncière serait illusoire s'il suffisait d'un transfert de propriété pour que la démolition de l'immeuble pût être exigée. Et d'autre part l'intérêt du tiers acquéreur de l'immeuble grevé n'est pas lésé, car (au moins dans la plupart des cas) lors de l'acquisition il est suffisamment renseigné par la vue des lieux sur l'existence de l'empiètement. Enfin c'est en vain qu'on objecterait contre la nature réelle du droit reconnu par l'art. 674 le fait que ce droit n'est pas soumis à inscription ; il s'agit en effet d'une restriction légale de la propriété qui, à teneur de l'art. 680, existe sans qu'il y ait lieu de l'inscrire au registre foncier (v. dans le même sens, en droit allemand, STAUDINGER, Note 2 a 1 sur § 912 et Komm. von Reichsgerichtsräten, Note 10 sur § 912). L'art. 674 peut donc être invoqué par le propriétaire actuel de la construction et contre le propriétaire actuel du fonds voisin — sous cette réserve que, pour savoir si les conditions d'application de l'article sont réalisées, on devra se reporter à l'époque à laquelle la construction a été faite et tenir compte de l'attitude observée à cette époque par le constructeur et par son voisin.

6. — En l'espèce il est certain que le propriétaire du fonds Rothacher à l'époque de la construction ne s'est pas opposé à l'ouverture des fenêtres ; il a au contraire donné formellement son assentiment à ce travail qu'il a exécuté lui-même pour le compte de son frère, propriétaire de la maison. Quant à la bonne foi du constructeur, la question est plus délicate. On pourrait se demander si l'art. 674 exige que le constructeur ait cru et pu croire qu'il n'excédait pas les limites de son fonds ou les distances légales, c'est-à-dire qu'il ait cru agir dans les limites de son droit de propriété. Si l'on adoptait cette interprétation, on serait conduit à écarter les conclusions du défendeur, car il paraît bien résulter du dossier que César Minini, lorsqu'il a fait pratiquer les fenêtres, savait qu'elles n'étaient pas à la distance légale du fonds voisin appartenant à son frère. Mais cette interprétation de la notion de bonne foi est trop restrictive. La loi admet en principe que les constructions élevées sans protestation doivent être maintenues et, si elle exige la bonne foi du constructeur, c'est pour éviter qu'un propriétaire qui sciemment a empiété sur les droits de son voisin ne bénéficie d'une inaction qu'il a provoquée ou escomptée. La formule employée par le CCS ne signifie pas autre chose que la formule dont se sert le § 912 du Code allemand qui prive le constructeur du droit au maintien de l'empiètement en cas de dol ou de négligence grave. L'existence de la bonne foi devra donc être admise chaque fois que le constructeur a cru et pu croire sans faute grave qu'il avait le droit de construire — sans distinguer suivant qu'il a cru agir en vertu de son droit de propriété ou en vertu d'une autorisation du voisin (v. dans ce sens, en droit allemand, STAUDINGER, Note II 6 b sur § 912, Komm. von Reichsgerichtsräten, Note 7 sur § 912, RG 52 p. 16-17, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 15 p. 348-349). On doit évidemment réserver le cas où le voisin n'a voulu donner l'autorisation qu'à titre purement personnel ou précaire (cf. Erläuterungen p. 89, WIELAND, Note 6 f. et LEEMANN,

Notes 11 et 29 sur art. 674) ; dans ce cas il serait contraire à l'intention des parties d'attribuer au défaut de protestation du propriétaire les effets de nature réelle consacrés par l'art. 674. Mais, en l'absence de stipulation expresse ou d'indices précis, il n'est pas à présumer que l'auto-risation ait une portée aussi limitée et notamment en l'espèce rien ne permet de supposer que lorsqu'il a donné son assentiment à l'ouverture des fenêtres, Michel Minini ait entendu le donner au profit exclusif de son frère personnellement ; au contraire il résulte de sa déposition que, s'il a consenti à ces travaux, c'est parce qu'il estimait qu'ils amélioreraient l'apparence du quartier. On doit donc admettre que la condition de la bonne foi du constructeur est réalisée. D'ailleurs, si l'on conservait des doutes au sujet de la signification qu'il convient d'attribuer à cette notion, on devrait observer que, d'après l'art. 3 CCS, la bonne foi est présumée et que le demandeur n'a pas même tenté de contester celle de l'auteur des travaux.

7. — Même lorsque les conditions générales qu'il pose — bonne foi du constructeur et défaut de protestation du voisin — sont réalisées, comme elles le sont en l'espèce, l'art. 674 ne donne pas un droit absolu à la constitution de la servitude. Le juge doit encore rechercher si cette mesure est justifiée par « les circonstances » (soit, en particulier, par l'intérêt respectif des deux parties en cause). Mais ce point n'a encore fait l'objet d'aucune instruction. Le Tribunal fédéral doit donc renvoyer la cause à l'instance cantonale pour qu'elle statue à ce sujet et, en cas de décision affirmative, qu'elle fixe le montant de l'indemnité à payer par le défendeur.

Pour le surplus les réclamations des parties se trouvent liquidées soit par l'accord intervenu en ce qui concerne le soupirail de cave, soit, en ce qui concerne la conclusion V du défendeur, par les décisions rendues sur la base de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis en ce sens que le jugement attaqué est annulé, la cause étant renvoyée à l'instance cantonale pour nouvelle décision dans le sens des motifs.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

27. Arrêt de la II^e Section civile du 14 février 1915
dans la cause

Métein, demandeur, contre Pélissier, défendeur.

Accident causé à un enfant par le vice de construction d'un immeuble. Lorsque le procès est intenté par les parents comme représentants légaux de leur enfant, le défendeur ne peut opposer au demandeur comme une faute propre la faute que ses parents ont commise en ne le surveillant pas suffisamment ; il s'agit d'une faute de tiers qui en principe ne diminue pas la responsabilité du défendeur.

A. — Les époux Pélissier occupaient un appartement situé au 5^{me} étage de la maison que possède Gustave Métein, rue de Carouge 95 à Plainpalais. Le 30 octobre 1910 vers 5 h. du soir la petite Blanche Pélissier, née le 6 mars 1908, qui descendait l'escalier en se tenant à la balustrade a eu sa robe brûlée par la flamme du bec de gaz du 5^{me} étage ; aux cris poussés par elle sa mère et une voisine sont accourues ; elle a été immédiatement portée à l'hôpital cantonal où elle a reçu les soins nécessités par les brûlures qui avaient atteint diverses parties du corps. De l'expertise intervenue en cours de procès il