

mungen der kantonalen Gesetzgebung näher zu begründen oder letztere auch nur namhaft zu machen. Liegt aber eine rechtsverbindliche Erklärung, wonach der Staat die Verantwortlichkeit für die eingeklagten Handlungen seiner Beamten übernehme, nicht vor, so muß es sich fragen, ob eine diesbezügliche Haftung desselben gesetzlich begründet sei. Kläger setzt in dieser Richtung offenbar ohne Weiteres voraus, daß die primäre Haftung des Staates für den durch rechtswidrige Handlungen seiner Beamten entstandenen Schaden sich von selbst verstehe und hat irgendwelchen Nachweis dafür, daß eine solche im Kanton Schaffhausen gesetzlich anerkannt sei, nicht versucht. Nun wird aber die gemeinrechtlich bekanntlich sehr bestrittene Frage (s. über die verschiedenen Ansichten E. Böning, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, S. 1—6, 45 bis 52, 93 ff.), ob, in welcher Weise und in welchem Umfange eine Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen seiner Beamten bestehe, von den schweizerischen kantonalen Gesetzgebungen in sehr verschiedener Weise beantwortet; während einzelne (s. z. B. Staatsverfassung des Kantons Bern, Art. 17 Abs. 2) allerdings anerkennen, daß Ersatzansprüche aus rechtswidrigen Handlungen der Beamten unmittelbar gegen den Staat geltend gemacht werden können, also eine primäre Haftung des letztern statuieren, kennen andere Gesetzgebungen eine Haftung des Staates für den durch rechtswidrige Amtshandlungen der Beamten entstandenen Schaden, wenigstens als Regel, überhaupt nicht, sondern normieren lediglich die Haftung des Beamten (vergl. z. B. Zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch § 1852 ff.) und statuirt endlich eine dritte Kategorie von Gesetzen, daß der Staat bloß subsidiär, soweit der fehlbare Beamte den entstandenen Schaden zu ersetzen außer Stande ist, haftbar sei. (S. z. B. § 11 der solothurnischen Staatsverfassung.) Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen, welches hier als Entscheidungsnorm zu Grunde gelegt werden muß, seinerseits sodann (§ 1773 leg. cit.) erkennt eine Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten allerdings für den Fall an, daß „bei Ausübung der Staatsgewalt die böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit eines Beamten oder einer

andern im öffentlichen Dienste handelnden Person“ einen Schaden verursacht hat, allein nur als eine subsidiäre, indem es ausdrücklich bestimmt, daß zunächst die schuldige Person und nur subsidiär, wenn diese außer Stande sei, die Vergütung zu leisten, die Staatskasse zu lasten habe. Demnach ist zur Begründung einer Schadensersatzklage aus rechtswidrigen Amtshandlungen der Beamten gegenüber dem Staate jedenfalls erforderlich, daß dargethan werde, es sei der fehlbare Beamte außer Stande, den schuldigen Ersatz zu leisten. Einen derartigen Nachweis hat nun Kläger durchaus nicht erbracht; er hat vielmehr, ohne vorher die angeblich fehlbaren Beamten zu belangen, sofort unmittelbar gegen den Staat geklagt, während letzterer unter allen Umständen bloß subsidiär haftbar wäre. Es muß demnach die Klage schon aus diesem Grunde abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

## VI. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden war.

### Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par conventions des parties.

20. *Sentenza del 24 febbrajo 1881 nella causa Patocchi contro la ferrovia del Gottardo.*

A. Mediante convenzione del 20 maggio 1874 i signori Peraldo e Patocchi, assuntori dei lavori costituenti il quinto lotto della sezione Bellinzona-Locarno, « allo scopo di possibilitare e facilitare anche l'esecuzione in regia di tutte le opere ulteriori riputate assolutamente necessarie dal giudizio della direzione tecnica » si dichiaravano pronti « a mettere a disposi-

zione della Società del Gottardo tutti i mezzi occorrenti e specialmente: la cava, ch' essi tenevano nelle vicinanze di Cugnasco, la *ferrovia di servizio*, che dalla cava metteva sino alla spalla sinistra del ponte sul Ticino, tutti gli arredi, attrezzi e mezzi di trasporto di cui disponevano, ecc., il tutto in conformità dell' art. 9 delle disposizioni generali del capitolato degli oneri. »

**B.** Approfittando della facoltà per tal modo conferitale, la Società del Gottardo disponeva difatti, durante un certo lasso di tempo, — dell' anzidetta ferrovia di servizio, dei relativi vagonetti e di alcuni battipali, e si conformava dal canto suo alle prescrizioni che il contratto ed il capitolato avevano a tal uopo in precedenza sancite.

**C.** Ultimati i lavori del lotto, il signor Patocchi — rimasto solo aggiudicatorio dell'impresa — suscitava contro la ferrovia del Gottardo un litigio presso il Tribunale federale e chiedeva fra altro: « fosse quest' ultima dichiarata in obbligo di ritenere per sè medesima i surriferiti oggetti, perchè passati definitivamente in di lei possesso e proprietà, e di corrispondere per essi un adeguato compenso all' imprenditore, ovvero sia fr. 20000 per la via di servizio e i vagonetti, fr. 5000 per le spese d' espropriazione, d' impianto, ecc. e fr. 1800 per tre battipali. »

La convenuta ferrovia obbiettava « non incomberle altro obbligo da quello in fuori della corrisponsione del 10 p. % sulle giornate degli operaj a titolo di compenso per l'uso di detti oggetti (art. 9 del capitolato); tale obbligo avere però essa già pienamente soddisfatto col pagamento di fr. 3000. »

Il Tribunale federale dichiarava, con sua sentenza del 1° dicembre 1877, la pretesa Patocchi inattendibile, ma condannava ad un tempo la Società ferroviaria a pagare, oltre l'importo dei salari di cui al succitato art. 9 del capitolato, un compenso speciale di fr. 150 per l'uso della via di servizio fra la cantonale e la cava dall'agosto al dicembre 1874 ed altro d'egual somma per l'uso di un battipalo fuori del V° lotto.

**D.** Posteriormente (14 giugno 1878) e dietro formale istanza di revisione, poggiate sul fatto che codesta sentenza aveva pas-

sato sotto silenzio una eventuale domanda di *restituzione* degli oggetti in querela, il Tribunale medesimo:

« Premesso che l'impresa Patocchi non aveva mai domandato in corso di procedura — fosse fatto obbligo alla ferrovia del Gottardo di restituirgli detti oggetti;

» Premesso, del pari, che essa non aveva mai presentato alcuna istanza di prove inerentemente al fatto della non avvenuta restituzione, a quello del nessuno invito a riprendere i materiali ed attrezzi residuanti, ecc., ecc., e ciò perchè si limitava a chiedere che le venisse aggiudicato il prezzo degli oggetti medesimi, lasciandone del resto la proprietà alla ferrovia del Gottardo e non curandosi punto della condizione in cui potessero versare;

» Ritenuto che questa pretesa fu dalla Corte, in base ai precisi dispositivi del contratto 20 maggio 1874 e del capitolato degli oneri (§ 9) dichiarata del tutto inattendibile;

» Ritenuto che in presenza di questo stesso § 9 del capitolato il Tribunale non aveva, d'altro canto, nè veste nè obbligo di occuparsi d' ufficio di una pretesa subordinata istanza di restituzione, che non eragli stata a tempo debito presentata, confermava per questa parte, senza variazione nè aggiunta, il suo precedente giudizio. »

**E.** Con petitorio 23 settembre 1878, che forma la base dell'attuale contestazione, il sig. Patocchi si rivolge nuovamente a questa Corte e domanda:

« Sia condannata la Direzione della ferrovia del Gottardo a restituirgli i seguenti oggetti:

» 1° Una via di servizio fra la cava ed i lavori del V° lotto (impresa Patocchi), ossia metri di fuga 1507, di cui 374 con guide ordinarie, e 1133 con sbarre di ferro;

» 2° 45 pezzi di sbarre di ferro per scorta;

» 3° 7 vagonetti pel servizio di detta via;

» 4° 3 battipali.

» Eventualmente, cioè in mancanza della richiesta restituzione, sia obbligata essa Direzione a corrispondergli il valore degli oggetti medesimi, quale risulta stabilito dal referto peritale riguardante la precedente lite principale, ovvero siano:

- |  |   |
|--|---|
| » a) Per la via di servizio fr. 14 892 | } in un coi relativi<br>interessi legali. » |
| » b) » i 7 vagonetti. . . » 1 050      |   |
| » c) » i 3 battipali . . . » 2100      |   |

Siffatte conclusioni si appoggiano semplicemente al fatto che, avendo ricevuto quegli oggetti per servirsene, la Società del Gottardo avrebbe dovuto farne, una volta l'uso terminato, regolare restituzione al proprietario, e che non avendolo fatto, essa è tenuta — in virtù dei principi generali di diritto — a pagarne il valore intero.

*F.* Nella sua allegazione responsiva del 15 ottobre 1878 la Società convenuta oppone :

*In ordine* : l'eccezione della cosa giudicata. « Patocchi, essa dice, ha già formulato altre volte queste stesse domande e fu dal Tribunale federale, segnatamente col giudicato del 14 giugno 1878, respinto; anche allora egli aveva dichiarato di rinunciare alla sua istanza di revisione, qualora la Corte preferisse riconoscergli il diritto ad introdurre su questo speciale argomento un nuovo petitorio; e poichè il Tribunale non vi ha voluto aderire, è forza indurne, secondo lo stesso parere dell'attore, che tale rifiuto ebbe per conseguenza di precludere la via ad ogni ulteriore giudiziaria azione. Che se si volesse ammettere, non essere stata l'odierna domanda precedentemente formulata e quindi neppure giudicata, sarebbe nondimeno a ritenersi come inattendibile, avvegnacchè non sia lecito desumerere dallo stesso giuridico rapporto nuove pretese ad intentare su queste un nuovo litigio; opporvisi il comune principio di procedura non bis in idem, così come gli art. 45 e 46 della legge federale di processura civile.

» *In merito* : a) La stazione appaltante ha, conformemente al convenuto, usato degli oggetti in querela fino al dicembre 1874 e risarcitone anche in debito modo l'appaltatore (vedi la succitata sentenza di questa Corte); Patocchi ebbe, dal canto suo, precisa notizia della cessazione di siffatto uso e a lui avrebbe incombutto di provvedere alle sue proprie cose, che furono sul suo lotto adoperate e si trovarono quindi continuamente in di lui possesso;

» b) Poichè ebbe finito di adoperare gli oggetti prestatile,

la Società li tenne a disposizione dell'imprenditore, rendendone informato, eccitandolo anzi formalmente e più volte a riprenderli; la prima volta già innanzi il maggio del 1875. Se Patocchi non vi ha ottemperato e se gli oggetti, che fino allora si erano trovati in buono stato di conservazione si deteriorarono dappoi o vennero a mancare, *imputet sibi*; la stazione appaltante non aveva all'obbligo cui soddisfare e non può quindi dichiararsi responsabile delle conseguenze delle colpe altrui.

» c) Subordinatamente, si contesta l'affermato valore degli oggetti ossia l'importo del danno patito dall'attore e si osserva : 1° Che dalla somma esposta per la via di servizio (fr. 14 892), devonsi dedurre in ogni caso i fr. 2800 richiesti senza pur l'ombra d'una ragione per le spese d'espropriazione, ecc., che non concernono menomamente la Società del Gottardo, e l'equivalente del deprezzamento che gli oggetti hanno dovuto subire a causa dell'uso statone fatto; 2° Che nella sua domanda primitiva il signor Patocchi aveva limitato la sua pretesa pei tre battipali a (fr. 600 × 3) fr. 1800, mentre nella causa attuale egli prende arbitrariamente per base il valore d'acquisto, quale venne tassato dai periti del Tribunale federale e pretende fr. 2100, locchè è contrario ai disposti della procedura; 3° Che dedursi devono pure dalla somma presentemente impetita quelle dell'attore già ricevute in precedenza e per la cava, e pei vagonetti e pei battipali, ecc. »

*G.* Replicando, l'attore espone : *in ordine* — « Non reggere l'eccezione della cosa giudicata per la ragione che l'obbligo della Società di *restituere* all'impresario la via di servizio, i relativi materiali e vagonetti e i battipali non fu peranco nè soggetto di domanda, nè argomento di ventilazione, nè obiettivo di giudizio, — essendosi infatti il signor Patocchi limitato allora a chiedere il prezzo della *cessione* di due chilometri di ferrovia di servizio, ecc.

« *In merito* : L'essere stata condannata al pagamento d'un compenso per diuturno *uso* della ferrovia e dei battipali non ha scaricato la Società dall'obbligo di farne riconsegna : ora, si fu solo un anno circa dopo che la ferrovia era stata scon-

volta e manomessa che detta Società avrebbe dichiarato a Patocchi, restare i materiali a sua disposizione; non si poteva quindi esigere da lui che accettasse un tanto derisorio modo di restituzione. — Legalmente poi, se la Società intendeva di avere diritto ad obbligare Patocchi a ritirare quei materiali qualsiasi che restavano e a scaricarsi così dalla sua responsabilità, avrebbe dovuto farne istanza all'autorità competente ed invocare quelle misure provvisorie che del caso, perocchè doveva sapere che per legge e per principio di ragione naturale chi riceve o per comodato o per uso in forza di un patto una cosa, assume l'obbligo di farne la restituzione e resta risponsoevole finchè non l'abbia regolarmente eseguita. »

Quanto alle *somme* richieste, l'attore si riporta semplicemente alle risultanze della perizia precedentemente assunta, osservando solo: « a) Che le domande primitive (fr. 1800 pei battipali) non possono fare stato nella presente lite perchè dalla controparte non accettate; b) Che i compensi già ricevuti direttamente dalla Società o dalla Corte riconosciuti riflettono prestazioni e diritti di carattere affatto diverso da quello che forma il soggetto di contestazione. »

*H.* La duplice della Società convenuta si limita a riprodurre, sotto altra forma e con più ampio sviluppo, le considerazioni già messe innanzi nella risposta ed a proporre la conferma delle conclusioni in quella formulate, verso protesta delle spese e sotto riserva d'ogni mezzo probatorio.

*I.* Chiuso il contraddittorio scritto dalle parti e fissati mediante decreti interlocutori del 19 aprile e 23 luglio 1879, in conformità degli art. 157 e relativi della legge federale di procedura civile, i mezzi di prova che le parti stesse avevano indicati a sostegno delle reciproche adduzioni ed impugnative, il giudice istruttore indice, a tenore degli art. 162-166 leg. cit., pel giorno 11 novembre 1879 un'udienza a Lucerna, all'uopo di aprire la discussione intorno a detti mezzi probatori. — Ma l'udienza non può aver luogo, causa la non comparso del rappresentante la parte attrice per ragioni di malattia tardivamente annunciate.

*L.* Caricate le spese di questa prima conferenza alla parte

attrice (decreto dell' 11 novembre detto), il giudice delegato convoca le parti (ordinanza del 9 successivo febbraio) pel 22 marzo 1880 ad una nuova udienza preparatoria da tenersi in Locarno, — vi sente in qualità di testimoni i signori Poncioni, Grigolli, Politta, Ramelli e Giovanelli, sulle domande già da lui allestite in base a quelle *hinc et inde* proposte, così come su quelle suppletorie dalle parti seduta stante formulate, — procede ad una circostanziata ispezione e constatazione dei luoghi e degli enti in litigio, — registra le dichiarazioni delle parti relative all'autenticità dei documenti prodotti — ed avvisa l'attore: poter esso quindi innanzi liberamente disporre degli oggetti di sua spettanza che ancora si trovano sull'Isolotto del Ticino e restare ogni rischio, per eventuali smarrimenti e deteriorazioni avvenire, a suo proprio carico.

*M.* I signori ingegneri Carlo Frascina e Carlo Bethge erano già stati assunti in esame come testimoni, per via di rogatoria, nei luoghi di loro dimora (Bellinzona e Berlino), sotto le date del 21 maggio e 28 giugno 1879 intorno la questione particolare che si riferisce alle diffide state fatte, secondo l'asserto della convenuta (in febbraio, marzo, aprile e giugno 1875 dalla stazione appaltante all'appaltatore — di riprendere in consegna i materiali ed attrezzi di cui si tratta.

*N.* Interrogato di nuovo, per rogatoria, il signor Bethge sul quesito: — « Se si sovvenga che il 1° maggio 1875, lorchando la ferrovia di servizio appartenente al sig. Patocchi fu messa a disposizione di quest'ultimo, tutti gli oggetti concessi in uso alla Società del Gottardo si trovassero sull'Isolotto alla disposizione di esso Patocchi, o quali e quanti al caso, » e ricevuta in atti, in un col verbale della relativa sua deposizione, una di lui dichiarazione avente per oggetto di spiegare a che cosa volesse precisamente alludere il termine « oggetti mancanti » (Abgänge) da lui adoperato nel suo secondo deposito, — il giudice istruttore dichiara chiusa finalmente — a sensi dell'art. 170 della già citata legge federale di procedura civile — la processura preparatoria (decreto del 27 luglio 1880) e rassegna gli atti alla presidenza del Tribunale.

*O.* Chiamate le parti pel giorno 4 corrente mese affine di

esaurire gl' incumbenti della procedura principale davanti l'intera Corte e rinviata l'udienza a causa di un errore di data nelle citazioni a tal uopo staccate, sono in oggi comparsi a rappresentare le dette parti i signori : avv. Leone de Stoppani, residente a Lugano (per l'attore) e dott. avv. Giovanni Winkler, di Lucerna (per la convenuta).

Nelle loro arringhe sviluppano essi rappresentanti gli argomenti e le conclusioni già come sopra esposte nei rispettivi allegati, aggiungendo solo : a) *La parte attrice* — che non avendo la stazione appaltante adempito in merito all'offerta di restituzione degli oggetti in discorso, la formalità dalla legge ticinese tassativamente a tal uopo richieste (art. 639-641 del Codice civile e 368 del Codice di procedura civile), non può invocare a sua discolpa la *mora* del creditore, e quindi neppure esonerarsi, come pretende, dall'obbligo del risarcimento rispetto agli oggetti deteriorati o mancanti; — riconoscere, del resto, il sig. Patocchi che dalla somma per lui impetita dovrà dedursi il valore dei materiali stati effettivamente ripresi in consegna dietro l'analoga diffida 22 marzo 1880 del giudice istruttore.

b) *La parte convenuta* — che siccome la pretesa su cui poggia il petitorio ripete le sue origini dal contratto principale di appalto e dal relativo capitolato degli oneri, la legislazione alla quale il Tribunale federale deve informare il suo giudizio non è punto quella del cantone Ticino, ma sibbene, a tenore del § 24 delle disposizioni generali di esso capitolato, la *lucernese*; — che formando la via di servizio un solo tutto di natura immobile, anziché un compendio di singoli oggetti mobili, la stazione appaltante non aveva altr'obbligo fuori quello di avisare, come fece, l'appaltatore che l'uso di detta via era ormai cessato da parte sua e che l'onere della custodia non la concerneva più per null'affatto, che il trapasso di quest'onere all'appaltatore proprietario era poi già stato implicitamente riconosciuto come valido e perfetto fino dal momento in cui l'appaltatore medesimo aveva fatto con opposito contratto cessione dei materiali della ferrovia al suo creditore Giovanelli; — che Patocchi medesimo confessa ne' suoi alle-

gati di essere stato ammonito fin dalla primavera del 1875 che dovesse riprendere le cose sue, sotto comminatoria della liberazione d'ogni rischio e responsabilità per parte della Società ferroviaria; — avere insomma la stazione appaltante pienamente ottemperato ai prescritti dell'art. 635 del Codice civile di Lucerna, che regge appunto la fattispecie su cui s'erige l'attuale contestazione, e mancare quindi alle avversarie pretese ogni fondamento di fatto e di diritto.

*Premessi in fatto ed in diritto i seguenti ragionamenti :*

1° *La competenza del Tribunale federale* a conoscere e giudicare del litigio procedente dall'attuale petitorio del sig. Patocchi non fu punto contestata e appare del resto da quegli stessi motivi avvalorata, che l'hanno già messa in sodo per riguardo alle altre cause che lo stesso attore ha suscitate contro la Società ferroviaria del Gottardo in dipendenza dai lavori costituenti il V° lotto della sezione Bellinzona-Locarno, e segnatamente dal disposto all'art. 24 delle disposizioni generali del capitolato degli oneri, che formava parte integrante del contratto reggente l'appalto dei lavori medesimi.

2. *L'eccezione della cosa giudicata* non regge, perchè manca del suo principale requisito, la identità della pretesa, dei motivi dell'azione ed eziandio delle circostanze di fatto. Mentre difatti nelle precedenti contestazioni il sig. Patocchi, partendo dalla supposizione che la ferrovia di servizio, in un coi vagonetti e battipali, fosse stata *ceduta*, mediante contratto 20 maggio 1874, alla Società del Gottardo, aveva chiesto venisse questa obbligata a ritenere tali oggetti ed a corrispondergli un indennizzo complessivo di fr. 26 800, — egli si appoggia ora al fatto che gli oggetti medesimi non gli sono stati in debito modo *restituiti*, per domandare la rifusione dei danni che ne furono la conseguenza, ovvero sia il pagamento in numerario degli oggetti mancanti. Non si può quindi con ragione affermare — essere già stata la presente controversia dalle antecedenti sentenze risolta, avvegnacchè il Tribunale federale abbia anzi allora espressamente rifiutato (sentenza del 14 giugno 1878) di occuparsene, per la considerazione che « la pretesa subordinata istanza di *restituzione* non eragli stata a

tempo debito presentata » (art. 46 della vigente legge federale di procedura civile).

3. Nè vale il fare appello agli art. 45 e 46 della ripetuta procedura federale per dire, in linea subordinata, che « quando pure l'attuale pretesa dell'attore non fosse stata prima accampata, ella sarebbe egualmente inattendibile, stantechè tutte le azioni scaturenti dallo stesso giuridico rapporto vogliono essere simultaneamente esercitate. » L'art. 45 non si riferisce guari all'azione medesima, ma sibbene e testualmente ai motivi che la possono suffragare, e l'art. 46 tratta delle *modificazioni d'istanza*, locchè è cosa ben diversa dal promuovere una nuova azione in una lite affatto nuova.

La legge federale in discorso non contiene a vero dire nessuna disposizione che confermi la eventuale eccezione di cui si tratta. Statuisce bensì l'art. 42 « che l'attore o il convenuto può far valere simultaneamente e nella medesima procedura più pretese verso il medesimo avversario, » ma non già che esso debba ciò fare, qualora le varie pretese traggano dallo stesso negozio le loro origini; chè anzi colui il quale, avendo promosso un'azione per titolo « vendita » fosse stato dal giudice rejetto, non avrebbe perduto per questo il diritto di esercitare la sua azione per titolo « mutuo » od altro qualsivoglia.

4. Destituita di fondamento è pure, nel merito, l'argomentazione sulla cui base la convenuta vorrebbe sottrarsi all'obbligo della restituzione o rispettivamente del risarcimento, che forma l'oggetto del petitorio.

La ferrovia di servizio, i vagonetti e i battipali, su cui verte il litigio, erano indubbiamente proprietà dell'assuntore Patocchi e furono adoperati dalla Società del Gottardo in virtù del § 18 delle disposizioni generali del già citato capitolato degli oneri, affine di eseguire alcuni lavori in economia sul V° lotto e verso corresponsione di un compenso in ragione del 10 % sui salari degli operaj (§ 9 ibidem). Il rapporto giuridico regolante l'uso degli enti in discorso e quindi le reciproche obbligazioni dei contraenti non è dunque tale che possa o debba concretarsi sotto la qualifica di uno speciale contratto di comodato od altro, siccome discutono le parti nei loro

allegati, ma ripete piuttosto la sua origine da un accessorio disposto contenuto in una stipulazione principale d'appalto. Le circostanze in cui ha preso sviluppo gli conferiscono però essenzialmente i caratteri costitutivi di una locazione di cose mobili non aventi fra loro e coll'immobile su cui erano disposte se non un legame passeggero affatto. E per diritto comune e per disposizione del Codice civile lucernese (art. 635), che secondo il ripetuto § 24 del capitolato degli oneri dev'essere applicato a tutte le controversie pendenti fra la Società del Gottardo ed i suoi imprenditori, incombeva di conseguenza al conduttore l'obbligo precipuo di trattare con cura la cosa locata e di restituirla, una volta l'uso terminato, in quello stato in cui l'ha ricevuta, o in cui fosse stata ridotta, durante la locazione, per accidenti a lui non imputabili.

Non è pertanto mestieri di arrestarsi alla prima obiezione della convenuta — « non essere ella neppure tenuta in diritto ad effettuare la chiesta restituzione, avvegnacchè gli oggetti sieno rimasti del continuo in possesso e custodia dell'istante. » — Dallo stesso momento in cui la Società del Gottardo ha cominciato ad usare della via di servizio ed accessori, si è messa eziandio nel possesso di questi enti e sobbarcata alle obbligazioni sancite dal ridetto § 635 del Codice di Lucerna. Tale situazione in un colle relative conseguenze si sono poi vie maggiormente avvalorate allorchè la Società medesima ha difatto la ferrovia e fattine accatastare sull'Isolotto i materiali, così come quando di suo proprio moto ella asseriva di avere più volte offerto a Patocchi la restituzione di quanto sopra.

Resta quindi solo a vedere se la restituzione abbia effettivamente avuto luogo e in modo tale da prosciogliere chi vi era tenuto da ogni responsabilità. Ora, gli è bensì vero che la Società del Gottardo ha più d'una volta, e a voce e per iscritto, significato al signor Patocchi, aver ella cessato dall'uso dei materiali in querela e diffidatolo di riprendere ques'ultimi in sua libera e piena disposizione, aggiungendo che in difetto ella si riterrebbe prosciolta da ogni obbligo e responsabilità circa la custodia dei medesimi; ciò appare dimostro infatti e dalle prove assunte in procedura, segnatamente dalla lettera

23 giugno 1875 dell'ingegnere di sezione all'Impresa, dalle testimonianze degli ingegneri Fraschina e Bethge, e dalla confessione dello stesso signor Patocchi. Vero è pure che nel fatto della scomposizione della via di servizio, una volta l'uso cessato, e dello accatastamento dei materiali sull'Isolotto poteva e può ravvisarsi implicitamente manifestata l'intenzione della Società convenuta di restituire le cose sue all'appaltatore, Ma non consta, per converso, che a tale intenzione abbia corrisposto quella dell'altro contraente, ché anzi la sposizione dei fatti ha messo in chiaro avere Patocchi rifiutato di accettare la offerta gli riconsegna; l'argomento in contrario desunto al riguardo dalla cessione o vendita dei materiali a Giovanelli perde ogni sua forza di fronte alla considerazione che il relativo contratto (del 9 settembre 1875) era *condizionato* soltanto, doveva cioè valere soltanto per il caso in cui detti materiali non venissero aggiudicati alla Società ferroviaria (pendeva allora la lite principale definita con sentenza del 1° dicembre 1877), e di fronte eziandio alla massima giuridica che una cosa può essere venduta o ceduta a terzi quando anche non si trovi al momento della vendita o cessione in potere e possesso del venditore o cedente-proprietario. Non consta poi neppure, e qui sta il principale, che la convenuta abbia ottemperato in proposito ai tassativi prescritti della imperante legge (§ 759 del Codice civile di Lucerna corrispondente agli art. 368 e 639-641 della legge di procedura e del Codice civile del cantone Ticino). È provato difatti che essa convenuta ha tralasciato di fare della cosa, come avrebbe dovuto, un *deposito giudiziario* a sensi di detta legge, e di provocare — se non altro (qualora la cosa non si prestasse per sua natura ad essere depositata) — la designazione *giudiziarìa* di una persona incaricata di vigilare e custodire, a rischio e spesa dell'attore, la cosa medesima; ella si è invece accontentata di una semplice diffida privata, susseguita da derelizione. Sta per conseguenza l'affermazione dell'attore, non essergli stata la restituzione in debito modo offerta, e sta quindi anche, a carico della convenuta, l'obbligo di rifondere i danni che fossero da una tale situazione di cose derivate.

La *mora* accipiendi del creditore, e *mora* c'è stata indubbiamente, poichè ci fu rifiuto ad accettare l'offerta riconsegna degli oggetti, ha bensì liberato, a sensi del comune diritto, il debitore dalla responsabilità dei danni provenienti da colpa *lieve*, ma non da quelli che può avere originati il *dolo* o la colpa *lata*. E a *colpa lata*, cioè a mancanza d'ogni più ovvia diligenza nella custodia, sono appunto da ascrivere i danni, le avarie e gli smarrimenti che subirono nell'intervallo fra l'avvenuta derelizione e la giudiziaria riconsegna (22 marzo 1880) i materiali di cui si tratta, avvegnacchè la derelizione di quest'ultimi siasi avverata in località del tutto inabitata, sottratta quindi ad ogni possibile vigilanza diretta, così che ciascuno poteva, senza pericolo di sorta, dei medesimi impadronirsi. Il risarcimento che incombe alla Società ferroviaria riflette di conseguenza il valore di quegli enti che per siffatta incuria sono scomparsi o furono guasti.

5. Ma se fondata è in massima la pretesa nel petitorio accampata, oltremodo esagerate sono all'incontro le cifre in cui la medesima si esprime. Dalla richiesta somma complessiva di fr. 18 042 40 cent., che rappresenta a termini di perizia il valore d'acquisto e messa in opera della via di servizio e degli altri materiali, sono infatti a dedursi :

a) Il valore dei materiali rinvenuti sull'Isolotto il 22 marzo 1880 (giorno del sopraluogo per parte del giudice delegato all'istruzione della causa);

b) Le spese di espropriazione, sottostruttura, posa del binario di servizio, ecc., che non risguardano per null' affatto la Società del Gottardo, perchè non relative alle cose medesime di cui si tratta, ma bensì al lavoro occorso per la loro messa in opera, ed incombono invece evidentemente nel loro importo integrale all'imprenditore;

c) La somme che quest'ultimo ha già ricevuto direttamente dalla controparte e per giudizio di questa Corte a titolo di compenso pel consumo degli oggetti e materiali in litigio durante l'uso per essa fattone;

d) L'equivalente del deprezzamento che questi medesimi enti hanno necessariamente subito per l'uso che ne fece l'im-

prenditore (signor Patocchi) prima che fossero stati alla Società consegnati ;

e) Finalmente il maggiore importo richiesto per i battipali nell'attuale petitorio in confronto di quello stato precedentemente impetito, urtando esso contro quel canone di procedura federale (art. 46) che fa obbligo alle parti di « contenersi entro i limiti della istanza primitivamente presentata. »

6. In presenza di tutte queste considerazioni e prendendo a base di calcolo per la estimazione del valore degli enti litigiosi la perizia istituita d'ufficio nella già vertita causa principale di cui fu più sopra menzione, l'aver definitivo del signor Patocchi risulta come segue determinato :

Ammontare complessivo delle domande conclusionali

Fr. 18 042 40

A dedursi :

a) Per 208 guide ordinarie, lunghe ciascuna 3<sup>m</sup>80 = 792<sup>m</sup>48 in ragione di 14 chilog. 7 e di cent. 30 il metro (chilogrammi 11,649,45 × 0,30) ..... Fr. 3494 85

Per 240 sbarre di ferro, lunghe ciascuna in media 5 metri = 1200 m. in ragione di 8 chilog. e di fr. 0,40 il metro (chilog. 9600 × 0,40) ..... » 3840 —

Per gli altri oggetti residuanti ovverosia per una mazza da battipalo, alcune assi e ruote da vagonetti, approssimativamente » 500 —

b) Per le spese d'espropriazione, di sottostruttura, posa del binario, ecc. .... » 2800 —

c) Il compenso ricevuto direttamente dalla convenuta per consumo della via di servizio, ecc., durante la locazione .... » 3000 —

Da riportare, Fr. 18 042 40

Riporto, Fr. 18 042 40

d) L'equivalente del deprezzamento subito dagli enti in querela in conseguenza dell'uso fattone dallo stesso sig. Patocchi, prima della loro consegna alla stazione appaltante ..... » 1407 55

e) La differenza di cifre tra l'attuale ed il primitivo petitorio in merito al prezzo dei battipali (fr. 2100 — fr. 1800 =) » 300 — » 15342 40

Saldo a favore dell'attore Fr. 2700 —

Conseguentemente,

Il Tribunale federale

pronuncia :

La Direzione della Società ferroviaria del San Gottardo, residente a Lucerna, pagherà al signor Giuseppe Patocchi, di Bignasco, la somma capitale di franchi due mila settecento (fr. 2700), congiuntamente agli interessi legali nella misura del cinque per cento (5 %) all'anno decorribili dalla insinuazione del petitorio, ovverosia del giorno (23) ventitre settembre mille otto cento settant'otto (1878).

21. Arrêt du 12 mars 1881

dans la cause de l'entreprise du grand tunnel du Gothard contre la Compagnie du Gothard.

Par convention du 7 Août 1872, la Compagnie du Gothard a remis à Louis Favre, aujourd'hui représenté par M. Bossi, ingénieur, mandataire de M<sup>me</sup> Hava, unique héritière de Louis Favre, l'entreprise du grand tunnel du Gothard.

Cette convention contient, relativement au délai dans lequel le grand tunnel doit s'exécuter, les clauses suivantes :