

wendung des neuen Rechts, insbesondere des Art. 738 Abs. 2 ZGB — womit der Prozess dann allerdings auch für das Bundesgericht definitiv erledigt wäre. Vergl. BGE 38 II S. 750.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 14. März 1914 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an den kantonalen Richter zurückgewiesen.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

40. Sentenza 19 marzo 1914 della II^a sezione civile nella causa
Eredi Neuronì, attori, contro Società svizzera
degli Alberghi, convenuta.

Quali opere a sensi dell' art. 58 CO (67 CO anter.) possono considerarsi anche dei riempimenti o delle gettate in un lago. Ma perchè il proprietario del fondo attiguo sia responsabile del danno causato da queste gettate, occorre la prova che egli sia divenuto proprietario della superficie ottenuta cogli eseguiti riempimenti.

L'albergo Belvedere, da tre anni proprietà della Società convenuta, e la casa Neuronì formano col vicino Albergo Regina, di proprietà Fanciola, un complesso di edifici posti sul lato sinistro del quai di Lugano, in un delta formato da terreni alluvionali del torrente Tassino che attraversa in un canale il giardino Belvedere per gettarsi lì vicino nel lago. I due edifici Belvedere e Neuronì sono adiacenti ad un muro divisorio che in parte, (nella parte superiore), è incontestabilmente proprietà comune. Già da una decina di anni si manifestarono nei muri di questi edifici delle

screpolature causa un movimento rotatorio e di abbassamento al quale è soggetto il terreno. Nell'autunno del 1903 Bucher-Durrer, conduttore dell'albergo Belvedere a quell'epoca di proprietà Gabrini, faceva gettare all'estremo lembo del giardino del materiale nel lago a scopo di riempimento. La Municipalità di Lugano gli intimava di adoperare materiale più grosso; ma l'ingegnere comunale avendo trovato ancor troppo minute le pietre fatte venire da Calprino, Bucher-Durrer continuava nei lavori di riempimento con questi materiali minuti nonostante l'opposizione della Città. In settembre ed ottobre 1903 l'ufficio tecnico della Città gli comunicava che senza una cinghia di assesto, fatta con grosso pietrame, il materiale sarebbe scivolato trascinando seco anche parte della riva. Alcuni anni dopo, nel 1908, Bucher-Durrer faceva gettare nuovo materiale nella darsena, in confine della proprietà Neuronì. Sulla fine del 1910 comparvero nel muro divisorio e negli edifici attinenti altre maggiori screpolature, cosicchè ad istanza degli attori venne eretta il 9 gennaio 1911 una perizia Ferrazzini. Altra perizia avvenne il 30 gennaio 1911 per cura degli ing^{ri} Galli, Gaggini ed arch^o Maraini a richiesta del Comune di Lugano. Da queste perizie risultava che lo stabile sul quale il movimento del terreno esercitava maggiore influenza, era quello della convenuta, da cui i danni si comunicavano a quello Neuronì. Di conseguenza era anche il Belvedere che presentava le maggiori screpolature, in ispecie nel muro divisorio e in quello di facciata superiormente all'apertura della darsena. La causa principale del cedimento del terreno risiedeva, secondo i periti, nel carattere alluvionale del delta sul quale sono posti gli edifici. Questi cambiamenti del sottosuolo erano, secondo i periti, stati accelerati in parte dai riempimenti. Per rimediare a tale inconveniente, i periti consigliavano, oltre alle opere più urgenti di consolidamento degli edifici, l'erezione di un argine subacqueo e la sistemazione dell'ultimo tratto pianeggiante del canale del Tassino ostruito nel suo ultimo tratto e nel suo sbocco verso il muro

di cinta nel giardino. Secondo il perito Ferrazzini l'ostruzione dello sbocco del canale dipendeva in gran parte dal materiale di rifiuto impiegato per la gettata all'esterno del muro di sostegno del giardino. Bucher-Durrer era stato invitato a più riprese dal Comune a procedere allo spurgo del canale. Diverse volte la Città procedette alla spazzatura a sue spese, nonostante che il canale nella parte sottostante al giardino fosse, secondo l'ufficio tecnico, da considerarsi come proprietà della convenuta.

Successivamente a questa prima perizia, il 14 febbraio 1911, le parti incaricavano un nuovo collegio peritale, composto dall'arch° Maraini ed ing^{re} Ferrazzini, di stabilire se le opere indicate nel rapporto 30 gennaio erano le più indicate per impedire un maggiore cedimento del terreno, obbligandosi la convenuta ad eseguire le opere considerate dai periti come immediatamente indispensabili, salvo regresso per una parte delle spese verso gli attori. I nuovi periti confermavano nel loro referto l'opportunità delle opere suggerite nel rapporto al Comune.

Fu allora che gli attori iniziarono azione contro la convenuta, domandando: l'erezione di un argine subacqueo; la spazzatura del canale Tassino; un indennizzo di fr. 2000 per riparazioni alla loro casa; un altro di fr. 2500 per minore utilizzazione del loro stabile e il rimborso delle spese di perizia. Il tutto in conformità degli art. 67 e 68 CO e 305 CCT.

Rispondendo la convenuta conchiudeva al rigetto della domanda, allegando non esserle il danno allegato imputabile. Con sentenza 14 ottobre 1912 il Pretore di Lugano condannava la Società svizzera degli Alberghi all'esecuzione delle opere previste nel rapporto. Appellatesi le parti contro tale giudizio, la Camera civile del Tribunale di Appello ordinava un supplemento di perizia sulla questione di sapere in quale misura i guasti verificatisi fossero da attribuirsi alle gettate di materiale operate dalla convenuta o dai precedenti proprietari ed alla mancata spaz-

zatura del canale Tassino, od in quanto fossero da ascrivere ad altri fattori, nonchè sull'opportunità della costruzione di un argine subacqueo e relative spese. I periti, ing^{ri} Galli e Gaggini ed arch° Maraini, rispondevano ai quesiti loro posti come segue: L'importanza degli eseguiti riempimenti non può essere che relativa se si tien calcolo della vetustà degli edifici, della qualità ed estensione del delta sul quale sono posti e dell'ineluttabilità del movimento cui il delta è soggetto. Anche l'influenza esercitata dalla perdita di acqua del canale, causa la permeabilità dei muri, non poter essere di grande portata, come non lo può essere quella esercitata dal mancato spurgo del canale. I guasti essendo da attribuirsi per la quasi totalità alla natura affatto speciale del terreno e solo in piccola parte all'immissione di materiali nel lago ed in parte ancora minore al torrente Tassino, essere opinione dei periti, fondata tuttavia più sopra un'impressione generale che sopra una base sicura, che il danno derivato dalle gettate sarebbe equamente compensato caricando alla convenuta due terzi delle spese di consolidamento e di ricostruzione del muro divisorio, nel mentre le ulteriori spese per riparazioni e ricostruzioni dovrebbero essere sopportate dai due rispettivi proprietari. Circa alle opere consigliabili, visto il progresso di sgretolamento e di abbassamento subito ora dal Belvedere, non ritenere più i periti opportuna la formazione di un argine subacqueo, ma solo la totale demolizione dello stabile e la sua ricostruzione con metodi di fondazione moderni e razionali. Lo stabile Neuroni poter invece conservarsi ancora ricostruendo il muro divisorio, lavoro tuttavia da eseguirsi colle necessarie cautele. La spesa per tale ricostruzione essere di circa 4 a 6 mila franchi.

In seguito a questa perizia gli attori modificavano parzialmente le loro domande nel senso che la convenuta fosse obbligata a sopportare i due terzi delle spese di ricostruzione del muro divisorio e che la stessa avesse a rifondere

fr. 2850 per spese di riparazione e fr. 2500 per minore utilizzazione del loro edificio.

Giudicando in seconda istanza, la Corte civile del Tribunale di Appello pronunciava :

« 1° Il primo dispositivo della sentenza 8 giugno 1913 » è confermato.

» 2° Le spese giudiziali di prima istanza, la tassa di giustizia di questa sede in fr. 20, oltre le spese di stampa, bollo, intimazione e di cancelleria, sono caricate per due terzi alla Società svizzera degli Alberghi e per un terzo alla parte Neuroni, compensata ogni ragione di ripetibili in ambo le sedi. »

Il primo dispositivo della sentenza di I^a istanza obbligava la convenuta a concorrere con due terzi delle spese alla ricostruzione del muro divisorio tra il Belvedere e la casa Neuroni.

È contro questo giudizio che la Società svizzera degli Alberghi si appellava al Tribunale federale conchiudendo al rigetto della domanda degli attori, colla loro condanna nelle spese giudiziarie e ripetibili. A questo appello si associavano in via adesiva gli attori, mantenendo la loro domanda in fr. 2000 per spese di riparazione e in un indennizzo di fr. 2500 per minore utilizzazione del loro stabile, colla condanna della convenuta nelle spese di perizia, giudiziarie e ripetibili.

Queste conclusioni vennero dai rappresentanti delle parti mantenute anche all'odierna udienza ; —

Considerando :

..... 2° — La pretesa degli attori si fonda sopra la responsabilità della convenuta, quale proprietaria di un'opera a sensi dell'art. 67 CO anteriore o 58 CO attuale. L'opera, sulla difettosità della quale gli attori fondano la loro pretesa, non è lo stabile od il muro divisorio della convenuta, poichè, quantunque lo stabile, come risulta

ora dagli atti, non corrisponda per le sue fondamenta alle esigenze tecniche moderne, dato il terreno malfermo sul quale è costruito, e quantunque da ciò derivi un pericolo per l'edificio degli attori, questi non muovono, ed a ragione, addebito alla convenuta perchè le fondamenta del suo edificio non furono fin dall'origine disposte in modo da resistere ai pericoli derivanti dalla natura del suolo, non risultando che all'epoca in cui lo stabile fu costruito tali pericoli fossero noti e se ne dovesse di conseguenza tener conto. L'opera o gli elementi dai quali gli attori derivano la loro pretesa, sono le gettate eseguite con materiale inadatto ed il mancato spurgo del canale. Ora, i riempimenti operati dalla convenuta in adiacenza alla sua proprietà, riempimenti da cui sarebbe stato impresso al sotto-suolo un movimento che ebbe poi a comunicarsi allo stabile vicino, possono bensì considerarsi come un'opera a sensi dell'art. 58 CO, ma manca l'altro requisito legale che cioè le gettate eseguite siano divenute proprietà della convenuta. Accertato dagli atti è solo che il materiale fu immesso nel lago dal precedente inquilino del Belvedere. Ma non vi è la dimostrazione, nè fu tampoco preteso, che la convenuta sia divenuta proprietaria del terreno riempito. Anche il secondo riempimento, praticato nel 1898, ebbe luogo all'infuori del muro di cinta della convenuta, quantunque fatto interiormente al muro di riparo della darsena che si spinge nel lago. Anche qui non venne fornita la benchè minima prova che questo tratto di lago, compreso nel muro della darsena, sia proprietà della convenuta o del proprietario antecedente. La questione non può ritenersi risolta dai motivati dell'istanza cantonale tendenti a stabilire la legittimazione passiva della convenuta; chè questi motivati riflettono unicamente l'altra questione ben diversa, se possa la convenuta, come proprietaria dello stabile, declinare la responsabilità degli atti di cui sopra, obiettando di non esserne essa l'autrice. L'istanza cantonale confuta con questi motivati l'obie-

zione della convenuta non potere essa venir dichiarata responsabile dell'opera di un terzo, ma non stabilisce menomamente che la superficie sulla quale avvennero le gettate sia attualmente proprietà della Società svizzera degli Alberghi. Come cosa comune, *res communis*, l'alveo di un lago non è nel dominio di chicchessia. Ammettendo una responsabilità in base all'art. 67 per i fatti riempimenti, l'istanza cantonale ha misconosciuto la nozione esatta « dell'opera » e il nesso causale che deve intercedere tra essa ed il danno. Come opera a senso di legge non può qualificarsi un fatto della convenuta o del di lei predecessore, non la gettata nel lago dallo stabile della convenuta di materiale nocivo, ma il prodotto economico di tale gettata, proprietà della convenuta. Ora, un simile prodotto manca nel caso concreto. Altro requisito è che il danno sia stato cagionato direttamente dall'opera come tale, nel mentre nel fattispecie la gettata esercitò la sua influenza solo sullo stabile della convenuta. Il terreno come terreno non costituisce un'opera a sensi di legge, per cui se il proprietario mette in movimento un terreno di sua proprietà con un'opera eretta difettosamente su terreno altrui, non incorre di fronte al proprio vicino nella responsabilità di cui all'art. 67. Una responsabilità a suo carico potrebbe derivarsi solo dall'art. 50 CO. Ma una simile responsabilità non venne pretesa, nè tanto meno si verifica non essendo la convenuta l'autrice del fatto.

Tutt'altra è la situazione a riguardo del canale. L'opinione delle Autorità comunali che la proprietà della convenuta risulti già dal pagamento delle spese di manutenzione viene condivisa dall'istanza cantonale. Per quanto fragile sia tale deduzione, potendo l'onere della spazzatura riguardarsi anche come un onere di diritto pubblico, il Tribunale federale è tuttavia vincolato da questo giudizio pel quale fa stato unicamente diritto cantonale. Fuori di dubbio è pure che il canale costituisce un'opera a sensi di legge e che la convenuta deve essere dichiarata responsabile del danno

risultante dalla permeabilità delle relative pareti, la quale rappresenta un difetto di manutenzione. Ma tale difetto non è sufficientemente dimostrato. I periti affermano nel loro secondo rapporto di avere nel loro primo referto indicato anche la permeabilità dei muri del canale come una delle causa del cedimento del terreno. Ma in realtà in quel 1° referto è detto solo che nei lavori di ricostruzione si dovesse por mente anche alla impermeabilità dei tombini di scolo. Che i muri del canale siano stati lasciati in uno stato di permeabilità contrario alle regole della tecnica ed alle disposizioni di legge, non risulta dagli atti. Contro un simile stato di permeabilità non venne mai mosso neppure dalle Autorità comunali nessun reclamo. Riguardo poi all'ostruzione del canale, i periti Galli e C. non la imputano, come il perito Ferrazzini, ad un difetto di manutenzione, ma piuttosto ad un difetto di pendenza. Tuttavia, anche se si volesse ravvisare in ciò un difetto di manutenzione da parte della convenuta, mancherebbe in ogni caso la prova del nesso causale fra tale difetto ed il danno. Difatti, secondo le constatazioni dei periti, il danno emerso, in quanto può ascriversi ad un difetto di spazzatura del canale e non all'insufficiente pendenza, è di così minima entità che non può essere preso in considerazione dal giudice. Gli attori, ai quali incombe l'onere della prova, devono necessariamente sopportare le conseguenze della mancata dimostrazione di un rapporto causale. Anche l'istanza superiore cantonale riconosce che la perizia non fornisce dati positivi sicuri e non è tale da rimuovere « certa quale perplessità » da parte del giudice. Proponendo di caricare alla convenuta a titolo di indennizzo i due terzi della ricostruzione del muro, i periti hanno confuso non solo le cause dalle quali è derivato il danno lamentato dagli attori, ma come essi stessi dichiarano, inteso soprattutto di fare una proposta equitativa, non fondata su computi o basi precise. L'impossibilità di tali computi viene da essi rilevata espres-

samente e di conseguenza appare anche affatto inutile il rinvio degli atti per un complemento di prova relativamente a questo rapporto causale.

Per questi motivi,

il Tribunale federale

pronuncia:

È ammessa l'appellazione della convenuta, respinta quindi la domanda degli attori ed annullata la sentenza 25 novembre 1913 della Camera civile del Tribunale di Appello del Ticino.

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. März 1914 i. S.

Rettig, Schürpf & C^{ie} in Liq., Kläger,

gegen Sturzenegger, Beklagten.

Konventionalstrafe wegen Vertragsbruches. Ein solcher liegt vor, wenn eine Partei sich in die Unmöglichkeit versetzt, zu erfüllen. Herabsetzung übermässiger Strafen, Voraussetzungen und Kriterien.

A. — Mit Urteil vom 5. Januar 1914 hat das Kantonsgericht St. Gallen über das Rechtsbegehren der Kläger:

« Ist gerichtlich zu erkennen, der Beklagte habe der » Klägerin folgende Beträge anzuerkennen und zu bezahlen:

- » 1. 14,387 Fr. 85 Cts. nebst 6 % Zins seit 1. Januar 1913,
- » 2. 1,827 » 05 » » 6 % » »
- » 3. 27,000 » eventuell einen Betrag nach Ermessen des Richters?

erkannt:

« Die Klage ist abgewiesen. »

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei in

Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils die Klage zu schützen.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. — Die Kläger betrieben in St. Gallen ein Exportgeschäft in Grobstickerei; der Beklagte ist Stickereifabrikant in Heiden. Am 19. Dezember 1906 schloss er mit den Klägern folgenden Vertrag ab:

« H. Sturzenegger verpflichtet sich, ab 1. Juli 1906 für » die Firma Rettig, Schürpf & C^{ie} unter nachfolgenden » Bedingungen für die Dauer dieses Vertrages zu arbeiten:

- » 1. H. Sturzenegger fabriziert sämtliche Aufträge von » obiger Firma für den Selbstkostenpreis plus 11 % Zuschlag und gewährt bei dieser Berechnung noch einen » Kassaskonto von 5 %.

» 2. (Kontrollbücher).

» 3. H. Sturzenegger darf Zeichnungen, die er von der » Firma Rettig, Schürpf & C^{ie} erhält, bei einer Konventionalbusse von 2000 Fr. für den einzelnen Fall, weder » gleich noch in geänderter Ausführung für irgend ein » anderes Haus anfertigen, noch offerieren, noch Arbeiten » nach denselben ausführen. Besagte Zeichnungen sind » und bleiben das ausschliessliche Eigentum der Firma » Rettig, Schürpf & C^{ie}.

» 4. (Musterpreise).

» 5. H. Sturzenegger ist es nur soweit gestattet, auf seine » eigenen Dessins Aufträge bei andern Häusern aufzunehmen, als dies die Fabrikation für die Firma Rettig, » Schürpf & C^{ie} nicht hindert und die Erstellung der bestellten Waren nicht verzögert. In allen Fällen haben die » Waren und Aufträge für die Firma Rettig, Schürpf & C^{ie} » den Vorzug der raschen und guten Erstellung.

» Rettig, Schürpf & C^{ie} haben zu jeder Zeit das Recht, » den Stand des Geschäftes von Sturzenegger zu untersuchen und bei Inventurabschlüssen mitzuwirken.