

liegenden Vertrages beim ordentlichen Richter zu klagen. Immerhin aber ist festzuhalten, daß jedenfalls materiell die den Schiedsrichtern durch den Art. 4 des Vertrages vom 5. Mai 1879 übertragene Aufgabe lediglich diejenige der Vornahme einer Taxation und daher eine solche war, wie sie in der Regel zur Lösung durch Schätzungsmänner verstellt zu werden pflegt.

11. Geht man hievon aus, so kann aber nicht zweifelhaft sein, daß der angefochtene Schiedsspruch in seinem ganzen Umfange als gegen die Bestimmungen des Kompromisses verstößend aufgehoben werden muß; denn die ihnen einzig obliegende Bestimmung eines Affordpreises für die im Februar beziehungsweise März 1879 vorgeschriebenen neuen Mauerungstypen haben die Schiedsrichter gar nicht vorgenommen. Vielmehr haben sie über die Fragen, inwieweit der erste Schiedsspruch auf die nach demselben ausgeführten Arbeiten anwendbar sei, inwieweit dagegen in Folge späterer Vorgänge der Unternehmer anstatt von Affordpreisen Ersatz seiner effektiven Kosten verlangen könne, welche Partei die Verantwortlichkeit für die Rekonstruktion der äußern, d. h. außerhalb der im Kompromisse bezeichneten Grenzen gelegenen Theile der Zerstörungstrecke, sowie für die zweite Rekonstruktion einzelner Mauerringe treffe, entschieden und hierauf gestützt ihren Spruch gefällt, während ihnen zur Entscheidung dieser Rechtsfragen irgend welche Kompetenz nicht übertragen war, gegenheils deren Beurtheilung, sofern ein neues dieselben dem Schiedsgerichte überweisendes Kompromiß nicht zu Stande kam, dem ordentlichen Richter vorbehalten bleiben mußte.

12. Ist somit der angefochtene Schiedsspruch schon aus diesem Grunde seinem ganzen Umfange nach aufzuheben, so erscheint eine Prüfung der übrigen auf Verletzung wesentlicher Grundfälle des Verfahrens begründeten Beschwerden der Klägerin als unnöthig.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der angefochtene Schiedsspruch vom 2./4. Dezember 1880 ist aufgehoben.

72. *Sentenza del 17 settembre 1881 nella causa Bianchi e Lanata contro l'impresa Marsaglia.*

A. Mediante contratto del 30 maggio 1879, preceduto da analoghe intelligenze verbali riassunte in una scritta del 19 antecedente aprile, il signor Giovanni Marsaglia rappresentante l'impresa G. Marsaglia, Müller e Ott, deliberataria dei lavori per la costruzione della linea ferroviaria Biasca-Airolo, in virtù di contratto passato con la Società del Gottardo l'11 gennaio 1879, cedeva in subappalto la costruzione del tratto compreso fra le progressive 2910-5650 del lotto XV ai signori ingegneri Bianchi Alessandro e Lanata Luigi.

B. In esso contratto riconoscevano i signori Bianchi e Lanata al signor Marsaglia « i medesimi diritti in genere che » competevano in di lui confronto ed in forza dei capitolati, » delle leggi e dei regolamenti vigenti alla Società della ferrovia del Gottardo (art. 5), » segnatamente quello di « ritrare in possesso dei lavori e farli continuare a totali spese » del subappalto, qualora fossero condotti in modo che, a » giudizio del signor Marsaglia, il termine per il compimento » fissato alla fine dicembre 1881 non potesse essere mantenuto (art. 17), » e si obbligavano: « ad eseguire i lavori » tutti cadenti fra le suaccennate progressive, sottomettendosi » indistintamente a tutte le prescrizioni e condizioni espresse » nei capitolati d'appalto e negli altri documenti che formavano parte del contratto 11 gennaio 1879 (art. 2); a sottostare alle multe e spese che potessero dalla Direzione della » Compagnia essere portate a carico del signor Marsaglia per » cause loro imputabili (art. 5); a depositare presso Marsaglia una somma di lire cento mila a titolo di garanzia dell'esecuzione del contratto (art. 6); a subire sui prezzi della » tariffa annessa al contratto principale d'appalto un ribasso » del trenta-cinque per cento (art. 8) e sull'ammontare dei » lavori una ritenuta del sei per cento (art. 11); a riconoscere

» ed ammettere quanto Marsaglia fosse per concludere, accettare o fare verso la Compagnia in caso di contestazioni fra loro e questa in merito all'andamento dei lavori o alla liquidazione degli stessi (art. 18) e infine ad eleggere, per tutti gli atti che occorressero all'esecuzione del contratto, domicilio in Faido. »

C. Più tardi, facendosi le condizioni finanziarie del subbappalto assai difficili e crescendo eziandio in numero ed in misura le rimostranze della Direzione della ferrovia del Gottardo, in riguardo allo stato dei lavori nella galleria Piano-Tondo, le Parti stipulavano addì 12 settembre 1880 una convenzione addizionale, cui mediante, a modificazione del contratto primitivo, elle stabilivano fra altro: che « il ribasso verrebbe ridotto dal 35 al 26 % per i lavori ancora da farsi, a partire dal 25 luglio 1880, rimanendo invece inalterato per quelli eseguiti fino a quest'ultima data » (art. 1, 2 e 3); che « ad estinguere la passività apparente a carico di Bianchi e Lanata dal loro conto-corrente verso l'Impresa nella somma di fr. 96 590, il subbappalto lascierebbe a mani del signor Marsaglia la cauzione di L. I. 100 mila e le ritenute del 6 % sui lavori fatti prima del 25 luglio 1880 » (art. 41); che « l'Impresa assumerebbe direttamente la condotta del lavoro subbappaltato fornendo tutte le provviste occorrenti, le somme necessarie all'andamento del lavoro (art. 5), mentre B. e L. presterebbero tuttavia la loro opera come per il passato nella direzione del lavoro, ottemperando agli ordini che ricevessero dall'Impresa » (art. 6); che « le attività risultanti a lavoro finito dall'applicazione del ribasso del 26 % all'importo situazioni dopo il 25 luglio 1880 andrebbero a beneficio del subbappalto, le passività all'incontro a carico dell'Impresa » (art. 6) ecc.

D. Sembra però che malgrado siffatto provvedimento, la situazione, a vece di migliorare, siasi anzi fatta intollerabile, perocchè un ufficio 18 gennaio 1880 del signor Ferrero, rappresentante l'Impresa, esordendo col dire che « ai rovinosi risultati dell'andamento dei lavori della galleria di Piano-Tondo ed opere annesse si erano aggiunte acerbe critiche

» della Società del Gottardo, rese pubbliche da tutti i giornali, » significava ai signori B. e L. = « essersi presa la risoluzione, consentita d'altronde dalle convenzioni passate con loro, di fare casa nuova, vuotando assolutamente la galleria e dipendenze da tutto il personale attualmente esistente e di mettere sotto la direzione di persone esclusivamente del mestiere l'ulteriore lavoro a farsi. » Aggiungevasi in detta lettera e l'invito a recarsi « nell'ufficio dell'impresa per prendere conoscenza particolareggiata di quanto Marsaglia si proponeva di fare » ed il rimarco che « se per una parte la presa misura eliminava ogni loro ingerenza nella disposizione e condotta dei lavori, d'altra parte restava però conservato al subbappalto ogni suo diritto ed utile eventuale a termini della convenzione 12 settembre 1880, ecc. »

E. A questo atto, — che il signor Marsaglia medesimo confermava dappoi con suo ufficio del 5 febbraio, in cui espone che « di fronte al deficit scaturiente dalla posizione finanziaria del subbappalto cade ogni possibilità di venire in aiuto di B. e L., » e di fronte al quale questi ultimi dichiaravano di riservare la pienezza di ogni loro diritto pel caso di una giudiziaria liquidazione, teneva dietro nei mesi di febbraio e marzo la comunicazione ai sotto-impresari della situazione dei lavori in base all'art. 5 della convenzione 12 settembre 1880, che essi respingevano ritenendola come nulla e non avvenuta, perchè estranea ai loro rapporti. Dal canto loro i signori Bianchi e Lanata, previa offerta di deferire la definizione d'ogni differenza ad amichevole arbitrato e nello scopo di dimostrare che la loro posizione e le perdite sui lavori non erano quali apparivano dai conti e dai registri dell'Impresa, esponevano a quest'essa, con lettera 10 febbraio 1881, in 14 articoli le pretese che intendevano accampare e salivano alla cifra complessiva di fr. 210 000, rappresentanti, a loro detta, l'effettivo disborso del cottimo. Rispondeva l'Impresa ai 28 dello stesso febbraio: « essere le domande del subbappalto, così come furono presentate, troppo astratte » e rappresentare in gran parte dei reclami da indirizzarsi

» alla Società del Gottardo, » ricordando, del resto, a tale riguardo i termini del contratto primitivo (art. 2 e 5).

F. Andati a vuoto i tentativi per un amichevole componimento, i signori B. e L. inoltravano, il 18 ultimo scorso giugno, presso al Tribunale federale (come al foro « per legge e per convenzione » solo competente) un *Petitorio*, formulando in esso le conclusioni che seguono :

I° « L'Impresa ha di proprio fatto ed arbitrio, senza che » le convenzioni le deferissero tale facoltà (la quale sa- » rebbe stata in ogni caso immorale e contraria all'essenza » d'un contratto sinallagmatico) e senza che fatti speciali, » gravi e concludenti ve l'autorizzassero, avvocati a sè i lavori, » sciolto in ciò fare il contratto e costituiti i cottimisti in di- » ritto di dimandare che così venga dichiarato, di prescindere » quindi da ogni rapporto di contabilità dipendente dal con- » tratto stesso e dai lavori eseguiti e di conseguire dal signor » Marsaglia : a) il rimborso delle somme da loro spese, quali » risultano dai loro registri nella cifra di fr. 241 936 04 c. » compresi l'ammontare del fatto depositato e gli interessi ; » b) il compenso per le loro prestazioni, studi, spese d'im- » pianto, ecc., che si determinano in almeno fr. 27 200 com- » plessivamente ; c) il risarcimento per il lucro cessante, il » danno emergente ed il pregiudizio arrecato alla loro ripu- » tazione, fr. 80 mila ; d) gli interessi decorsi e decorribili » sulle singole somme che venissero aggiudicate ; e) il paga- » mento di tutte le spese giudiziarie e ripetibili. »

II° « Subordinatamente, che tali loro domande sub a. b. » d. e., meno c., siano loro aggiudicate, considerati i cotti- » misti come prestatori d'opera senza determinazione di » prezzo e in ogni caso col criterio del *negotiorum gestor*, in » e con altrui utile e beneficio. »

III° « Più subordinatamente ancora, che vengano riservate » impregiudicate ed integre tutte le ragioni e diritti alla liqui- » dazione definitiva, ecc. ecc. »

G. Nella sua memoria responsiva del 25 luglio l'Impresa

Marsaglia impugnava che il conoscere e giudicare della presente questione spettasse « per legge e per convenzione » al Tribunale federale e sollevava in prima linea e principale la eccezione declinatoria della competenza, facendola seguire da un rapido storiato dei fatti e da una breve sposizione di ragionamenti, all' intento di dare — in via meramente abbondanziale e a titolo di semplice informazione — un riscontro a quanto gli attori avevano nel *Petitorio* ed a suffragio delle loro domande allegato.

H. Avendo, in un atto successivo del 16 agosto, i signori B. e L. mantenuto la loro conclusione a far giudicare il litigio da questa Corte e formulata simultaneamente l'istanza che si decidesse con la maggior possibile sollecitudine sulla declinatoria della competenza, onde restasse ancora il tempo di procedere prima del verno ad una discesa sui luoghi, — il giudice federale delegato all'istruzione della vertenza, « ritenuto » che uno scambio ulteriore di allegati non era più guari » necessario nello stato attuale della contestazione e che, giu- » sta la pratica sancita da questo Tribunale in altre varie » decisioni, si può entrare in materia sulle questioni dipen- » denti da eccezioni d'incompetenza, disgiuntamente dal me- » rito e senza preliminarne istruzione su quest'ultimo, specie » nei casi in cui l'istruzione medesima occasionerebbe, come » in concreto, delle spese ed una perdita di tempo conside- » revoli, » — dichiarava chiusa, con suo decreto 26 stesso agosto, l'istruzione sulla declinatoria e rassegnava gli atti alla presidenza per la fissazione dei dibattimenti.

Sentite nella udienza d'oggi in verbale contradditorio, sulla quistione della competenza, le parti in lite, reciprocamente rappresentate : l'attrice, dal signor avvocato A. Dupraz e la convenuta, dal signor avvocato L. Rambert, amendue di Losanna, e visto come nelle loro arringhe elle si sieno precipuamente studiate di dimostrare :

L'Impresa Marsaglia :

« Che la competenza del Tribunale federale a conoscere e giudicare dell'attuale contestazione non ha verun fondamento

nè nella legge (della quale gli attori non hanno saputo citare qualsivoglia disposizione e che non contempla del resto nessun caso analogo a quello della fattispecie), *nè nell'accordo delle parti*, il quale vorrebbe essere in ogni modo non semplicemente presunto o desumibile dalle circostanze o dal complesso dei patti fra esse parti intervenuti, ma chiaramente espresso in una clausola speciale (art. 62 della procedura civile ticinese); — che difatti la convenzione stipulata fra Marsaglia e Bianchi-Lanata non contiene la benchè menoma allusione nè all'eventualità di una lite nè ad un foro contrattuale straordinario derogante al giudice naturale e normale, che sarebbe in concreto, giusta l'art. 60 § 1° della procedura civile ticinese, quello del luogo dove seguì il contratto od il fatto; — che anzi in calce alla convenzione medesima è detto esplicitamente = avere amendue le Parti relativamente all'esecuzione del contratto fatta elezione di domicilio in Faido = (dove seguì eziandio la materiale stipulazione di esso contratto), locchè vuol significare che il foro ticinese fu anche *voluta* in modo espresso, la elezione di domicilio inducendo necessariamente riconoscimento del giurisdicente del luogo in cui il domicilio stesso fu preso; — che, indipendentemente dalla considerazione che se la devoluzione al Tribunale federale di un litigio come quello sollevato dal petitorio avversario può sembrare profittevole agli autori di quest'esso, per converso nuocerebbe forse più tardi alle azioni eventualmente esperibili dall'Impresa contro la Società del Gottardo, gl'interessi che l'una o l'altra parte potrebbe avere per accampare le sue ragioni piuttosto davanti ad uno che ad altro foro non costituiscono tale elemento che valga ad esercitare influenza alcuna sull'esito di una quistione di stretto diritto, quale si è quella della competenza; — che se nei capitolati della Società del Gottardo co' suoi appaltatori fu tassativamente scelto il foro federale, la ragione di siffatta clausola sta in ciò che, mentre detta Società aveva fissato la sua residenza a Lucerna, i lavori all'incontro si eseguivano sui territori di quattro cantoni differenti e s'avrebbero quindi avuti per cause bene spesso identiche quattro diversi fori, quattro legislazioni e quattro giu-

risprudenze; — che la ragione medesima non può però atteggiarsi al caso di cui si tratta, il domicilio delle parti ed i lavori oggetti del contratto cadendo tutti sul territorio ticinese. »

Bianchi e Lanata :

« Che se regge l'obbiezione avversaria = non avere la competenza del Tribunale federale alcun fondamento *nella legge*, non può ammettersi invece quella che consiste a dire non avere le parti *convenuto* in un foro prorogato o giudice contrattuale, la lettera così come lo spirito delle passate convenzioni mettendo fuori d'ogni dubbio e la rinuncia loro al giudice naturale del domicilio e l'accettazione del foro federale; — che, difatti, per l'art. 2 del contratto 30 maggio 1879 gli attori si sono sottomessi a tutte indistintamente le prescrizioni e condizioni espresse nei capitolati d'appalto accompagnanti la convenzione fra Marsaglia e la ferrovia del Gottardo, fra le quali prescrizioni e condizioni è pur compresa quella dell'articolo 21 (disposizioni generali) che deferisce al Tribunale federale tutte le possibili contestazioni fra l'Impresa e la Società (purchè rientrino nel novero di quelle al cui riguardo esso tribunale è per costituzione e per legge competente) e che le parti non hanno punto esclusa in modo espresso; — che giusta l'art. 5 *ibidem*, competendo a Marsaglia verso Bianchi e Lanata gli stessi diritti che ha la Compagnia verso di lui in forza dei capitolati, delle leggi e dei regolamenti in vigore, in quella guisa che la Società non può pretendere dalla Impresa che questa eserciti le sue azioni in di lei confronto presso altro foro che quello stabilito dal capitolato, l'Impresa non può obbligare i suoi cottimisti ad intentare le loro appo i tribunali ticinesi, anzichè dinanzi al Tribunale federale, perchè se lo potesse avrebbe una somma di diritti maggiore di quella che l'anzidetto art. 5 le conferisce; — che del resto ad un diritto corrisponde sempre in un contratto bilaterale un obbligo equivalente, la reciprocità dei diritti e degli obblighi essendo condizione essenziale del contratto medesimo, e che al diritto di Marsaglia d'invocare l'intervento del Tribunale federale fa quindi necessariamente eco l'obbligo suo di subire

quest'ultimo ove l'invocazione parta invece da B. e L.; — che l'argomento dedotto dal fatto della elezione di domicilio in Faido s'infrange *in primo luogo* contro la considerazione che il codice civile ticinese non contiene, al paro del napoleonico, da cui fu tolto il vodese p. es., un articolo che dichiara siffatta elezione attributiva di giurisdizione, cosicchè nel dubbio è da ritenersi non avere quella elezione altro significato fuor quello che a Faido si dovessero fare le intimazioni, ecc., amendue le parti essendo forastiere, *poscia* contro quella che anche le parti stipulanti il contratto principale d'appalto, Marsaglia e la Compagnia, hanno eletto domicilio in Lucerna e conservato ciò non dimeno in vigore la clausola costitutiva del foro prorogato a Losanna, e *da ultimo* contro quella che per fissare la giurisdizione del Tribunale federale basta eleggere domicilio su qualsiasi punto del territorio svizzero, a tutto questo estendendosi la giurisdizione medesima; — che finalmente la sanzione della competenza federale (lasciato anche stare il riflesso che tornerebbe assai propizia a chi l'invoca, per la ragione che il principale quesito di merito, ovvero sia la quistione a vedere se il § 17 del capitolato attribuyente all'Impresa l'illimitato e sovrano diritto di giudicare se i lavori — così come furono condotti dagli attori — giustificassero o meno la di costoro rimozione, sia o non sia tal' clausola da ritenersi come irrita e vana perchè contraria all'ordine pubblico, fu già risolta da questa Corte e a più riprese in senso categoricamente affermativo) risponderebbe ad un alto interesse della giustizia e delle parti stesse, quello cioè di creare *un solo giudice*, una giurisdizione unica sia per la contestazione attuale, sia per quelle fra l'impresa e la Compagnia che potessero avervi diretto o indiretto riferimento, affinché i capitolati che stanno alla base dei rapporti che legano le tre parti ricevano una sola, armonica e sovrana interpretazione; interesse, al cui soddisfacimento hanno appunto inteso i già citati articoli della convenzione in querela.»

Premessi in diritto i seguenti ragionamenti :

1° Dappoichè nella odierna arringa il rappresentante degli

attori ha riconosciuto egli stesso = non potersi adire in concreto caso il Tribunale federale direttamente in virtù di una disposizione di legge, = la controversia della competenza si riduce tutta a vedere : se amendue le parti abbiano per avventura convenuto di rinunciare al giudice naturale per istituire in sua vece, mediante reciproco accordo, un foro elettivo o prorogato, in conformità ed applicazione dell'art. 31 § 2 della legge sulla organizzazione giudiziaria federale.

2° Restando anzi eliminata a tutta prima la supposizione che siffatta rinuncia sia stata tacitamente intesa, avvegnacchè — senza contare che le rinuncie vogliono essere chiaramente espresse — la formale protesta che una di dette parti oppone alla ricognizione di quel foro prorogato valga già da sola a provare il contrario, — non rimane altro al postutto da esaminare fuorchè la quistione = se i contraenti Marsaglia e Bianchi-Lanata abbiano acconsentito nella competenza di questa Corte « per patto speciale stipulato nel contratto. »

3° Ora, nè la promessa di contratto del 19 aprile 1879, che riepiloga le preliminari intelligenze verbali di essi contraenti, nè la convenzione principale del 30 successivo maggio, nè la sussidiaria del 12 settembre 1880, non racchiudono veruna clausola di simil genere e non contengono nemmeno una indiretta allusione qualunque sia all'eventualità di una lite fra appaltatore e cottimisti, sia all'istruzione di un giudice convenzionale.

Ben è vero che per l'art. 2 del contratto di subbappalto i signori B. e L. si sono sottomessi a « tutte le prescrizioni e condizioni espresse nei capitolati annessi al contratto d'impresa fra Marsaglia e la Società ferroviaria del San Gottardo, » ma fra queste « prescrizioni e condizioni » non può guari presumersi compresa quella (§ 21 dei ridetti capitolati) che sostituisce al foro normale, costituzionale e legale uno di libera elezione, eccezionale, *prima* perchè l'interpretazione dell'articolo stesso induce naturalmente a credere che le prescrizioni e condizioni in discorso, si riferiscono unicamente alle modalità di esecuzione, vigilanza e direzione dei lavori e

di effettuazione dei pagamenti, *poscia* perchè = « per quanto siano generali i termini coi quali si è espressa una convenzione, essa non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si siano proposto di contrattare » (art. 566 del codice civile del cantone Ticino).

Parimente non è provato e neppure logicamente presumibile che stipulando l'articolo 5 *ibidem*, il quale conferisce al signor Marsaglia verso i signori Bianchi e Lanata « gli stessi diritti che la Compagnia del Gottardo ha verso di lui in forza dei capitoli, delle leggi e dei regolamenti vigenti, » le parti abbiano avuto l'intenzione di attribuirsi reciprocamente la facoltà di prescindere dal loro fôro naturale ordinario e di proporre invece le azioni loro davanti ad uno straordinario.

4° L'avessero realmente avuta questa intenzione, non avrebbero trovato nè difficoltà nè impedimento di sorta alcuna ad esprimerla nel contratto, chè anzi la parte finale del medesimo ne offriva loro naturale ed immediata la occasione, bastando infatti che alla elezione del loro domicilio in Faido « per tutti gli atti relativi alla esecuzione del convenuto » avessero semplicemente aggiunto anche quella del fôro federale per tutte le contestazioni eventuali oltrepassanti in valore i franchi tre mila. Che se l'argomento della convenuta Impresa = coinvolgere, cioè, la scelta del domicilio « per tutti gli atti relativi alla esecuzione del convenuto » necessariamente quella del giudice = solleva una quistione che non occorre nell'attuale controversia ventilare, d'altro canto però il silenzio mantenuto in quella evenienza dai contraenti costituisce per lo meno una ragione di più a conforto della tesi che nè l'uno nè l'altro dei medesimi non hanno voluto eleggersi qualsivoglia fôro eccezionale in derogazione da quello che loro guarentiva la legge.

5° Né ad infirmare la validità e portata giuridica dei suesposti ragionamenti si potrà mettere innanzi con successo la considerazione dell'interesse che potrebbero avere le parti di far giudicare la causa dal Tribunale federale anzichè dalle

istanze cantonali, specie della opportunità di evitare possibili conflitti e contraddizioni, coll'ottenere che un unico e medesimo giudice definisca tutte le divergenze vuoi fra cottimisti e l'Impresa, vuoi fra questa e la Società appaltante.

Stesse anche la possibilità di simili « conflitti e contraddizioni, » locchè non è punto provato in procedura, giova difatti ricordare che le questioni di competenza essendo dell'ordine delle meramente *formali* devono risolversi alla stregua dello *stretto diritto*, indipendentemente cioè da ogni e qualunque altro (non giuridico) riflesso.

Di conseguenza la declinatoria opposta dalla convenuta si manifesta come fondata e

il Tribunale federale
pronuncia :

Il petitorio 18 giugno 1881 dei signori ingegneri Bianchi e Lanata contro l'Impresa Marsaglia è rejetto per titolo d'incompetenza.

