

biger verbindlich erklärt werden, welche dem Schuldner Personalkredit gewährt haben, während diejenigen, die ihm nur gegen Realsicherheit kreditiert haben, nach wie vor berechtigt sein sollten, sich aus dieser Realsicherheit bezahlt zu machen. Diese ratio legis aber trifft bei demjenigen, der dem Schuldner nur gegen Abtretung eines reellen Vermögensobjektes Geld verschafft hat, in noch höherem Maße zu, als bei demjenigen, der dies gegen Verpfändung einer Sache oder Forderung getan hat.

Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Zessionar einer Forderung, die ursprünglich dem Gemeinschuldner zustand, im Nachlassverfahren schlechter gestellt sein sollte, als im Konkursverfahren, woselbst er, wie bereits in Erwägung 2 hievon ausgeführt wurde, von jeder Anmeldung oder Eingabe Umgang nehmen kann, um seine Befriedigung direkt beim Drittschuldner zu suchen.

Diejenige Forderung, zu deren Deckung der streitige Schuldbrief den Beklagten abgetreten worden war, ist somit auch im Nachlassverfahren nicht reduziert worden, sondern beträgt auch heute noch mindestens 4880 Fr., d. h. mindestens soviel, wie der für die Beklagten übrig bleibende Erlös des abgetretenen Schuldbriefes. Die Beklagten sind daher berechtigt, sich aus diesem Erlös, soweit er dazu ausreicht, bezahlt zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 1913 bestätigt.

II. Prozessrechtliche Entscheidungen. — Arrêts en matière de procédure.

Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

113. *Sentenza 9 ottobre 1913 della II^a Sezione civile nella causa Monti e Arigoni, attori, contro Comune di Lugano, convenuto.*

Pena convenzionale pattuita per l'inadempimento dell'obbligo di fabbricare. — Contratto principale retto dal diritto cantonale; indole accessoria e dipendente della presente convenzionale. — Donde incompetenza del Tribunale federale (art. 56 e 57 OG).

Il Tribunale di Appello del Cantone Ticino ebbe, con sentenza dell' 11 gennaio 1913, a giudicare:

« Il credito portato dalle esecuzioni numeri 56 318 e 56 319 »
» è confermato limitatamente alla somma di fr. 1833.28 col-
» l'interesse legale a far tempo dalla data dei precetti esecu-
» tivi. »

Nei termini e nei modi di legge le due parti si appellano di questa sentenza al Tribunale federale. Gli attori domandano in via principale, che, confermata la petizione 29 maggio 1911, si dichiari inesistente il debito di fr. 4222.44 nella sua totalità; in linea subordinata, che questo debito sia ridotto a fr. 300. Il convenuto Comune di Lugano, dal canto suo, chiede che la petizione venga respinta ed il credito verso gli attori portato da fr. 1833.28 a fr. 4222.44.

Ritenuto in linea di fatto:

A. — Il Comune di Lugano vendeva il 4 marzo 1904 ad asta pubblica diversi appezzamenti di terreni, fra altri, un lotto (n° 13) di m² 556.15 a Giovanni Monti e Bernardo Arigoni al prezzo di fr. 23 il m². Il capitolato d'asta prescriveva

(art. 14) ciò che segue: « Entro il periodo di tre anni dalla stipulazione dell'istrumento (10 marzo 1904) in ogni lotto dovrà sorgere ed essere completato un decoroso fabbricato... Ogni ritardo nel fabbricare sui lotti venduti sarà passibile di una pena di fr. 100 (cento) per ogni mese... » D'altra parte, il Comune di Lugano si impegnava ad eseguire entro il luglio 1904 una strada di 12 m. dal viale Carlo Cattaneo alla via Serafino Balestra ed una strada trasversale di 10 m. sulla proprietà comunale. Con il lotto n° 13 Monti ed Arigoni comperavano metà del suo muro di cinta che il Comune di Lugano garantiva in m² 7,72, « obbligandosi al rimborso qualora risultasse d'altri. » Non avendo i compratori costruito sul terreno comperato entro il limite di tre anni, il Comune spiccava in loro odio i precetti esecutivi n° 56 318 e 56 319 per il pagamento di fr. 4400 (pena convenzionale dal 10 marzo 1907 al 10 novembre 1910 a fr. 100 al mese). I debitori fecero opposizione, la quale veniva poi provvisoriamente rimossa a mente dell'art. 82 LEF per fr. 4222.44 e cioè per l'ammontare della convenzionale, dedotto il prezzo (fr. 177.56) della metà del muro di cinta (fr. 4400 — 177.56 = fr. 4222.44). Donde nacque la presente causa, nella quale la parte attrice Monti ed Arigoni, con petizione 29 maggio 1911, domandano che il debito di fr. 4222.44 venga dichiarato inesistente, eventualmente ridotto a fr. 300.

B. — In linea di diritto gli attori oppongono alla pretesa del Comune tre eccezioni. La prima, che giuridicamente si qualifica come exceptio non rite adimpleti contractus, consiste nel dire, che il Comune di Lugano non ha adempito agli obblighi contrattuali assunti. Infatti, dicono gli attori, esso non ha loro conferito l'intero e pacifico possesso della cosa venduta. Avendo essi manifestata, nell'ottobre 1906, l'intenzione di costruire, furono molestati nel loro possesso da Luigia Lucchini, la quale si affermò proprietaria esclusiva di tutto il muro di cinta; contro la quale molestia il Comune di Lugano, ad onta di sollecitato intervento, nulla fece per liberarli. Il Comune, continuano gli attori, non ha ottemperato all'impegno assunto di costruire le strade d'accesso entro il luglio 1904, compiendole invece solamente nel 1911. Gli attori qua

lificano poi la penale di patto leonino e quindi illecito a mente dell'art. 17 CO v; in ogni caso di pena esagerata e da ridursi (art. 182 CO v).

C. — Il Tribunale di Appello, con sentenza dell' 11 gennaio 1913, ha ammesso in via di massima la pena convenzionale, ma l'ha ridotta a fr. 500 all'anno di ritardo e cioè per tre anni ed otto mesi (10 marzo 1907 al 10 novembre 1910) alla somma di fr. 1833.28.

Considerando in diritto:

1° Il contratto tra gli attori ed il convenuto, di cui fa parte la clausola penale, concerne la vendita di uno stabile avvenuta nel 1904: esso è retto dal diritto cantonale che non è sindacabile da questa Corte (art. 231 CO v; 56 e 57 OGF). Il litigio non verte tuttavia sulla validità della vendita stessa del 10 marzo 1904, sibbene sulla pena convenzionale pattuita a garantire l'esecuzione di una clausola del contratto. È poiché la pena convenzionale è, per sua natura, di carattere accessorio, la competenza del Tribunale federale a giudicarne dipenderà dalla questione preliminare, se l'obbligo, per l'esecuzione del quale essa è prevista, sia così indipendente dal contratto principale immobiliare, abbia indole talmente propria e individua, che il giudice possa conoscerne senza tangere il contratto principale nelle sue parti essenziali.

2° — La questione così posta, non sembra arduo il risolverla. Veramente l'obbligo di fabbricare può stare da solo, all'infuori di altro contratto, ed avere così indole propria ed indipendente insieme con la penale a lui adibita. Tutt'altro è il caso presente. Nella specie, l'obbligo di costruire appare prestazione del compratore in un contratto bilaterale di compera-vendita: prestazione che era poi, senza dubbio, nella mente dei contraenti, i quali la iscrissero nel capitolato e nell'istrumento, condizione essenziale del negozio. Ora la pena pattuita è la sanzione prevista per l'inadempimento di quest'obbligo. Il giudicare della medesima altro non significherebbe se non statuire, di fatto, anche sull'obbligazione di fabbricare, alla quale si accorderebbe o negherebbe così una sanzione, un'importanza patrimoniale, dunque un interesse giuridico. Si toccherebbe in tal modo ad un patto che sta in

intimo nesso con la vendita immobiliare medesima, della quale anzi esso costituisce condizione essenziale (vedi casi analoghi RU 28 II p. 250; 34 II p. 405 e seg. e le sentenze ivi citate).

3° — Ma l'intimo legame che esiste tra la penale e il contratto principale risulta evidente anche dall'esame delle eccezioni che gli attori ad essa oppongono e delle quali questo Tribunale, giudicando del merito della causa, dovrebbe conoscere.

Gli attori rimproverano al Comune di non averli immessi nel pacifico possesso della cosa venduta e di non aver eseguito a tempo le strade di accesso (exceptio non rite adimpleti contractus). Queste eccezioni concernono anzitutto il contratto immobiliare e la sua esecuzione, ma stanno anche in rapporto diretto con la clausola penale, comechè da esse possa dipendere la riduzione ed anche il diritto di farla valere, a mente del principio che chi domanda l'adempimento di un contratto bilaterale deve averlo, per parte sua, già adempito (art. 95 CO v). L'esame di queste obiezioni condurrà quindi necessariamente al quesito dell'adempimento del contratto non solamente dal punto di vista degli obblighi degli attori (di fabbricare), ma anche di quelli del convenuto: dunque a giudicare dell'adempimento del contratto in genere nelle sue parti principali.

Ma anche l'altra eccezione, quella della liceità della convenzione dal punto di vista dell'art. 17 CO v, non è una questione astratta, che possa decidersi indipendentemente dalle altre clausole del contratto immobiliare. Anche qui la portata generale del contratto, lo scopo cui tendevano le parti stipulando la penale in relazione cogli intenti del contratto principale, sono altrettante questioni pregiudiziali di indole concreta e che non ponno avere adeguata risposta se non esaminando le disposizioni del contratto immobiliare nella loro generalità e nella loro relazione con le parti.

Il Tribunale federale pronuncia:

Non si entra nel merito delle appellazioni.

114. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1913
in Sachen **Waller-Hauser**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Hauser**,
Kl. u. Ber.-Bekl.

1. *Zivilrechtliche Beschwerde nach Art. 87 Ziff. 1 OG. Verhältnis zur Berufung. Jene ist dieser subsidiär. Beide Rechtsmittel können nicht in einer Eingabe verbunden werden.*
2. *Uebergangsrecht. Verpfändungsvertrag nach altem Recht; Aufhebung unter dem neuen Recht. Für die Wirkungen der Aufhebung und die Auseinandersetzung ist das alte Recht massgebend.*

A. — Durch Urteil vom 13. Juni 1913 hat das OBG des Kantons Schaffhausen erkannt:

- „1. Der am 8. Februar 1902 zwischen den Parteien abgeschlossene Leihgebingsvertrag ist mit heutigem Tage aufgelöst.
- „2. Der Beklagte ist gerichtlich gehalten, dem Kläger eine lebenslängliche jährliche Alimentation im Betrage von 250 Fr. auszurichten.
- „3. (Kosten).
- „4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die erste Instanz“.

B. — Diese Mitteilung erfolgte am 7. Juli 1913. Schon am 3. gl. Mon. hatte der Beklagte „zur Vorsorge“ beim OBG die Berufung an das BG erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und auf Rückweisung der Sache an die kantonalen Instanzen zu neuer Beurteilung auf Grund des eidgenössischen statt des kantonalen Rechts. Dieser vorsorglichen Berufungserklärung lag eine kurze Begründungsschrift bei.

Mit Eingaben vom 26. Juli 1913 an das OBG und an das BG hat der Beklagte die Berufung gegen das Urteil des OBG erneuert und auf seine Eingabe vom 3. Juli 1913 verwiesen, die er bestätigte und deren Anträge nebst Begründung er wiederholte. In der Eingabe an das BG fügte der Beklagte bei, er erhebe zugleich Beschwerde gemäß Art. 87 Ziff. 1 OG.

C. — Der Vertreter des Klägers hat sich in einer Eingabe vom 30. Juli 1913 an das OBG zu Händen des BG dagegen verwahrt, daß der Fall an dieses weitergezogen werde. In seiner Antwort auf die Berufung hat sodann der Kläger beantragt, es