

## BGE 43 II 341

Bundesgericht (BGE), 1917-01-01, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_43\\_II\\_341](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_43_II_341)

FR: ATF 43 II 341

IT: DTF 43 II 341

### Volltext

340 Obligationenrecht. N° 48. 14,162 Mk. 50 zu überweisen haben. Allein wenn . der Sinn des Briefes der gewesen wäre, die Beklagte aus ihrer Verpflichtung zu entlassen, so hätte der Kläger gewiss den Auslieferungsschein, der das Recht, die Verfügung über die ·Ware darstellt, zurückverlangt. Der Brief vom 25. August könnte nur dann gegen den Kläger ausgelegt werden, wenn man· annehmen wollte, es habe sich um eine absichtliche Täuschung der Beklagten gehandelt ; doch liegt, jedenfalls auf seiten des Klägers, hiefür nichts \01". Auch der spätere Brief des Klägers vom 8. Septem- ber, worin er der Beklagten mitteilte, er höre, das Ge- schäft über die 11 Ballen sei annulliert, ändert an der Haftung der Beklagten nichts. Denn wenn der Kauf aufgehoben war, so musste der Auslieferungsschein wieder erlüHtlich sein. Allein die Ware ist von Hartenstein tat- si\ehlich in Empfang genommen worden, so dass dieser sie erhalten hat, ohm' dass der Gegenwert in der verein- hnrten \Teise geleistet worden wäre, wodur('h die Annul- lierung unmöglich geworden ist. :l. Also haftet die Beklagte dem Kläger nadl wie Y'l/ aus dem Zahlungsvl'rsprechen vom 5./7. August 1915. Sie hatte sich zu der Zahlung VOLL 14,162 Mk. 50 an ihn wrp;"Jkhtet, soklld das Bereitliegen der 11 B:lllen für H:l rrellsteill in Feldkireh festgestellt wäre ; nun steh t I"esl. dass die \Vare an Hartenstein g-elangtund von ihm he zogen worden ist. was auf das nämliche hinauskommt. Es geht nicht an, auf die übrigen Vertragsverhältnisse zwjschen den Kaufkolltrahenten selber einzutreten. Der j(I:i.);N ist dem Yerkilufel" Singel' die 14,162 Mk. 50 Pt. schuldig, naehdt'm er deH Auslieferungsschein an die Beklagte her~lllsgegeben hat und infolgedessen die Wart' ;\ il den Klüger Hartenstein abgegeben worden ist. Ab- z!WeiStll ist l'ldlich der Eimvand, dieser sei zu zahlen hereit, da er ja Schadenersatzforderungen geltend macht. I las Hauptbernfungsbegehreu, die Klage sei im vollen [~:nfang(> gutzuheissen, ist somit begründet. "oligationClll'echt. N Q 49. • Demnach hat das Bundesgericht erkannt: 3·1J Die Berufung wird begründet erklärt und damit in Abänderung des Urteils des Handelsgerichts des Kan;ons Zwich vom 2. März 1917, die Beklagte zur Zahlung von 14,162 Mk. 50 nebst 5% Zins seit 1. August 1916 an den Kläger verurteilt. 49. Sentenza. 5 luglio 1917 della. Ile sezione oivile neUa causa Banoa. oa.ntona.le vodese, attriee, oontro Società. Na.vigazione e ferrovie pel La.go di Lugano, convenuta. L'obbligo di chi emette un prestito, stipulato in confronto del consorzio delle banche di emissione di non con- trarre altri debiti senza il loro consenso ~ un obbligo in favore di t~rzi (portat?ri futuri delle ohbligazioni) ~ ma pud essere mvocato eZlandio dalla Banca direttrice del consorzio, anche seq~esto, nel frattempo, si e sciolt~ e se essa banca. non possiede nessuna obbligazione. - Inter- pretazione di detta clausola e sua validita di fronte ai dis~osti degli art. 27 ces e 20 co. - Inapplicabilita dell art. 812 al. 1 ces. - Ammissibilita della domanda tendente a precludere aHa convenuta il registro fondiario per l'iscrizione di ipoteca in favore del prestito illecito. A. - In base a convenzione 15 novembre 1894, la convenuta Societa Navigazione e Ferrovie pel Lago di Lugano contraeva, eoll' intervento di un consorzio di banche (Banca cantonale vodese in Losanna, Banea della

Svizzera italiana in Lugano, Banca Cantonale Ticinese in Bellinzona e Banca Popolare Ticinese in Bellinzona) un prestito di 2,600,000 fr., diviso in 2600 obbligazioni al portatore, di 1000 fr. al 4 % rimborsabili mediante sorteggio in 73 annuità a datare dalla fine dicembre 1901. A garanzia del prestito la debitrice concedeva al consorzio delle banche emittenti la facoltà di costituire ipoteca di 10 AS 43 II - 1917 !3 342 Obligationenrecht. N° 49. rango sulle ferrovie Porlezza-Menaggio e Ponte-Tresa- Luino di sua proprietà, situate su territorio italiano. Tuttavia il consorzio non fece uso di questa facoltà per le condizioni inaccettabili e il fisco italiano intendeva sottoporre l'autorizzazione di costituire l'ipoteca. Le obbligazioni del prestito furono assunte ferme in proporzioni prestabilite e al 98 % dalle banche syndicate, e quali si obbligarono altre al servizio degli interessi e al rimborso dei titoli scaduti per sorteggio. Questi titoli contengono la menzione che la Società di navigazione e debitrice verso il portatore della somma di fr. 1000 « alle condizioni della convenzione 15 novembre 1894 ». L'art. 3 di questa convenzione, la cui interpretazione forma l'oggetto del presente litigio, ha, nella lingua in cui fu redatta, il seguente tenore: «La Società s'interdit de } contracter d'autres dettes que l'emprunt dont nest ici la question, sans le consentement de la Banque cantonale } vaudoise représentant le groupe des banques contrac- » tantes. » B. - Poscia che il Consiglio federale, con decreto 11 aprile 1916, ebbe a dichiarare la legge federale 24 giugno 1874 concernente le ipoteche sulle strade ferrate applicabile anche alle società svizzere di navigazione, (rendendo nullo di questo materiale compreso quello dei docks, » dei cantieri, delle installazioni dei porti) ecc. e come meglio a detta pubblicazione. La Banca cantonale vodese avendo sollevato opposizione contro questa domanda Obligationenrecht. N° 49. 343 e ottenuto dal Consiglio federale termine fino al 17 marzo 1917 per introdurre, direttamente davanti il Tribunale federale, l'azione in contestazione di cui all'art. 2 della legge precitata 24 giugno 1874, con petizione 5 marzo 1917 chiede: 1° che l'opposizione interposta contro la costituzione d'ipoteca sollecitata dalla convenuta sia ammessa; 2° che quindi il Dipartimento federale delle strade ferrate sia tenuto a rifiutare l'iscrizione di detta ipoteca nel registro fondiario. A sostegno di queste domande l'attrice invoca in sostanza l'art. 3 precitato della convenzione 15 novembre 1894. Essa allega inoltre: delle 3 banche ticinesi, che assunsero il prestito del 1894, due, e cioè la Banca cantonale ticinese e la Banca popolare ticinese, più non esistono e la terza (Banca della Svizzera italiana) è direttamente interessata all'operazione progettata che tende al consolidamento di debiti della convenuta verso quell'istituto. L'attrice è dunque sola a rappresentare gli interessi dei portatori delle obbligazioni emesse nel 1894. Al 31 dicembre 1916 il prestito costituito a quell'epoca era diminuito, per sorteggio e rimborso di titoli, di soli 143,000 fr. L'attrice riconosce che il prestito di consolidamento proposto dalla convenuta sia reso necessario dalle conseguenze della guerra, ma dichiara di non poter consentire a «( che si costituisca su tutte le attività in Svizzera un privilegio a tutto scapito dei portatori » dei titoli del 1894 sugli interessi dei quali essa, attrice, è tanto i r,ingoli istituti bancari quali possessori di titoli, quanta ogni altro futuro detentore dei medesimi. L'attrice ammette di non possedere più nessuna obbligazione del 1894 e dichiara espressamente di non agire in qualità di portatrice di detti titoli. Ma ciò nulla muta sulla natura della clausola in discorso : essa permane un obbligo assunto in favore di terzi e cioè degli attuali detentori delle obbligazioni. Donde segue senz'altro e per preciso disposto di legge, che l'attrice è legittimata ad opporsi ad una violazione di quel patto, perche giusta l'art. 128 vCO. sotto il cui regime sorsero i rapporti di diritto in causa, «chi, agendo in proprio » non, stipula una prestazione in favore di un terzo, ha » diritto di chiedere che la prestazione al terzo sia fatta » (confr. anche neo art. 112 al. 10).

DeI resto la veste dell' attrice deriva anche dalla responsabilità da essa assunta emettendo le obbligazioni in parola. Come risulta dal titolo stesso, in cui viene rammentato espressamente che esso è emesso alle condizioni della convenzione del 1894, le banche assuntrici del prestito avevano garantito ai futuri detentori delle obbligazioni i vantaggi loro accordati dalla società nella convenzione del 1894, dunque la prestazione di un terzo. Ora, l'art. 127 vCO (art. 111 neO) dispone che chi promette la prestazione di un terzo è tenuto ai danni, se questa non segua: ond'è che in base a questo disposto l'attrice ha interesse legittimo sufficiente ad intentare la presente azione, che tende appunto ad evitare questi danni. Essa agisce direttamente a salvaguardia della propria responsabilità, assunta con l'emissione dei titoli del 1894 e con la promessa della prestazione di un terzo fatta allora ai loro futuri detentori: e pertanto affatto indifferente che essa non sia più in possesso di obbligazioni del 1894. Da questi motivi risulta ancora l'inefficacia dell'argomento dedotto dallo scioglimento della società composta Obligationenrecht. N° 49. 347 dal consorzio delle banche. Questa circostanza non ha nessuna importanza, ovvio essendo che lo scioglimento di una società non si estinguono i diritti acquisiti da essa, o piuttosto, poiché si tratta di una società semplice (RU41 II p. 188) dai singoli soci. Nel caso in esame l'obbligo assunto dalla convenuta era un obbligo di non fare (obligatio non faciendi), che spettava di singoli società direttamente (art. 544 al. 2 vCO) e a ciascuno per il tutto, poiché l'obbligo a non fare è per sua natura indivisibile ~ sensi dell'art. 79 vCO: quindi è che ad onta dello scioglimento della società l'attrice è legittimata a proporre l'attuale azione ed a rivendicare il diritto di opporsi ad una violazione dell'art. 3 della convenzione 1894. E questo diritto è, come fu detto, e esercitato anche a garanzia dei detentori delle obbligazioni, e indipendente dalla durata del consorzio delle banche di emissione, ma deve esistere finché esistono le obbligazioni stesse, e cioè fino al loro totale rimborso. 20 - Nel merito la convenuta investe anzitutto di nullità il patto in discorso dichiarandolo limitativo della capacità civile e quindi illecito giusta l'art. 17 vCO, 20 nCO e 27 CCS. Ad infirmare quest'eccezione non giovano le restrizioni e concessioni cui l'attrice è seesa nell'odierna discussione della causa, dichiarando, tra altro, che non intenderebbe opporsi ad una costituzione di ipoteca, purché fosse in favore di un vecchio prestito del 1894. Questa proposta può fare oggetto di trattative tra le parti, e indifferente per conoscere del fondamento dell'obbligazione, poiché, se essa fosse ammissibile, la nullità sarebbe radicale ed insanabile e renderebbe la clausola del tutto inesistente e quindi inattuabile suscettibile di modificazioni per concessione di parte. Ma l'argomento invocato dalla convenuta deriva da una interpretazione del patto troppo stretta del suo tenore letterale e non ammissibile perché non tiene conto della sua interpretazione logica e del fine cui la stipulazione mirava. Se dai termini: «la società s'interdit de Obligationenrecht. N° 49. contracter d'autres dettes que l'emprunt dont il s'agit » dovesse necessariamente dedursi che si intese privare la convenuta della facoltà di contrarre ogni debito, di qua l'unico e natura esso fosse, la clausola sarebbe invero contraria ai buoni costumi, giusta i disposti delle leggi precitate e secondo i principi accettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ma non è chi non veda che tale interpretazione non può essere ammessa poiché, compreso in questo senso, il divieto avrebbe dovuto condurre necessariamente alla cessazione dell'esercizio della convenuta, atteso che il contrarre dei debiti ed il sobbarcarsi ad obblighi di ogni specie è condizione essenziale e giornaliera di ogni industria e certo di azienda così molteplice ed importante quale è quella di un'impresa di navigazione. Sarebbe quindi addirittura assurdo il supporre che stipulando l'art. 3 della convenzione 15 novembre 1894 le banche avessero inteso imporre e la convenuta accettare un vincolo di questa natura contrario al loro proprio

interesse, mentre, per contro, lo scopo della convenzione era quello di risanare il bilancio della convenuta, dunque di rendere possibile una proficua continuazione della sua attività. La clausola in questione non può dunque venir interpretata nel senso di divieto assoluto a contrarre nuovi debiti, ma solamente ad assumere un nuovo prestito, in ogni caso, a creare, come intende fare la convenuta, un privilegio in suo favore. Interpretato in questo senso, è il solo ammissibile, il patto impugnato e bensì restrittivo della libertà di contrarre, ma non lo è in modo tale che poteva far dipendere l'esistenza economica della convenuta dal beneplacito di un terzo e possa quindi dichiararsi incompatibile colla morale giusta l'art. 17 v.c.o. considerarsi come rinuncia all'attività civile (vedi OSER, Diritto delle obbligazioni, pag. 160 e .., eg. ; FICK, Diritto delle obbligazioni commenti agli art. 19 ~ 20 n.c.o. e le sentenze ivi citate : EGGER, com.,, menti all' art. 27 CCS). A questo proposito non è superfluo osservare che le clausole simili a quella di cui si tratta e. Obligationenrecht. N° 49. 349 tendenti ad impedire che privilegi da accordarsi ad una certa categoria di creditori possano diminuire le garanzie di un prestito precedente, non sono clausole rare, ma si riscontrano assai sovente in operazioni bancarie di qualche importanza (vedi FREUND, trattato sui prestiti pubblici. pag. 157 /8). 30 - In quest'ordine di idee la convenuta ha fatto capo anche all' art. 812 al. 10 CCS, che esclude di nullità la rinuncia del proprietario di un fondo e sottuito in pegno al diritto di imporre altri oneri su di esso. Quantunque questo disposto, che è d'ordine pubblico a sensi dell' art. 2 tit. fin. CCS, sia applicabile anche a rapporti di diritto sorti sotto l'antico regime, non di meno esso non può trovare applicazione nel caso in esame, nel quale non si verifica un suo presupposto essenziale. L'esistenza di ipoteca precedente sui beni da costituirsi in pegno. Del resto, questo precetto è di diritto singolare ed eccezionale, perche limitativo della libertà di contrarre; esso non può quindi ricevere interpretazione estensiva e venir applicato a casi non tassativamente previsti. 40 - Infondata si appalesa pure l'obiezione che l'attrice abbia rinunciato a prevalersi dell' art. 3 della convenzione avendo essa avuto regolarmente conoscenza dei debiti che, senza il suo consenso, la convenuta andava assumendo. Come fu dimostrato (vedi cons. 2) quella clausola non poteva tendere a vietare alla convenuta l'assunzione di ogni debito, ma solamente di un vero e proprio prestito di altra operazione simile che potesse diminuire sostanzialmente le garanzie dei portatori delle obbligazioni del 1894. Ond' è che tollerando che la convenuta contraesse gli obblighi correnti necessari al suo esercizio, l'attrice non tollerò violazione di quel patto né ammise implicitamente di considerarlo come desueto o di rinunciarvi, anche se, negli ultimi anni e per le conseguenze inevitabili della guerra i debiti bancari della convenuta avessero assunti delle proporzioni inusitate. Obligationenrecht. N° 9. E, parimenti, non occorre dilungarsi per dimostrare l'infondatezza dell' argomento secondo il quale l'art. 3 permetterebbe all' attrice solo di opporsi all' emissione di un nuovo prestito, ma non alla costituzione di un diritto di pegno in suo favore. Chi può il più, può il meno: chi può vietare la stipulazione di un prestito deve poter opporsi anche a quei negozi giuridici, di natura accessoria, che tendano a garantirlo : la facoltà di interdire l'assunzione di un obbligo contiene anche quella di opporsi alla costituzione di garanzie speciali ed accessorie in suo favore. 5° - Da queste considerazioni si evince che la prima domanda della petizione tendente all'ammissione dell' opposizione interposta dall' attrice contro la domanda di costituzione di ipoteca pubblicata nel foglio ufficiale federale del 22 novembre 1916 resiste ad ogni censura mossa dalla convenuta. Sulla seconda domanda della petizione, colla quale l'attrice chiede che venga ingiunto al Dipartimento federale della strada ferrata di rifiutare l'iscrizione dell' ipoteca nel registro fondiario, la convenuta non solleva obiezione particolare. Tuttavia

giòva osservare : questa domanda e il corollario della prima, come conclusione tendente ad un provvedimento esecutivo del divieto di costituzione di ipoteca. Vero e che, in se, essa significa domanda di preclusione dal registro fondiario : essa tende pertanto a conferire effetti di diritto reale ad un obbligo di natura meramente personale, quale è quello che scaturisce da un'obbligazione e il trattamento restrittivo della facoltà di disporre nel senso dell' art. 3 del contratto 15 novembre 1894 (vedi STAUDINGER, comm. del CC germanico, oss. 1 e 2 al. § 137). Ma la questione può essere considerata anche sotto altro aspetto. Nel caso in esame il Tribunale federale non è giudice di appello () di ricorso, ma istanza univoca di merito : ad esso spetta quindi l'ordinare quelle misure che tendano a salvaguardare lo stato quo in causa od a prevenire un danno futuro. Obligationenrecht. N° 49. 351 Il provvedimento chiesto dall' attrice ha il carattere di esecuzione reale e che al giudice compete. L'attrice non ha mezzi per impedire che, ad onta dell' art. 3 del contratto ed del presente giudizio, la convenuta emetta nuovo prestito, promettendo anche ai sottoscrittori la garanzia ipotecaria in questione : la violazione del divieto, di natura personale, non potendo poi avere altra sanzione fuorché quella, illusoria assai nella fattispecie, di rendere la convenuta passibile dei danni: onde prevenire i quali al giudice deve spettare la facoltà di prendere i provvedimenti opportuni, cui appunto mira la conclusione seconda della petizione. Occorre del resto tener presente che in materia di ipoteche sul patrimonio di una società di navigazione vigono precetti speciali di diritto (legge 24 giugno 1874), secondo i quali la facoltà stessa di costituire ipoteca dipende da autorizzazione di diritto pubblico (art. 1, 3 e 1 della legge precitata), autorizzazione che, dopo l' esito della presente causa, l'autorità competente non può concedere (art. 2 e 31. e.). Ond'è che nel caso in esame un' iscrizione dell' ipoteca in favore dei sottoscrittori di un eventuale secondo prestito non sembrerebbe possibile. Tuttavia, in ogni caso, totalmente nulla perché priva di un elemento essenziale alla costituzione del pegno : l'autorizzazione dell' autorità competente; - Il Tribunale federale pronuncia: Le domande della petizione S0110 ammesse.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.