

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 vor. Auch der spätere Brief des Klägers vom 8. September, worin er der Beklagten mitteilte, er höre, das Geschäft über die 11 Ballen sei annulliert, ändert an der Haftung der Beklagten nichts. Denn wenn der Kauf aufgehoben war, so musste der Auslieferungsschein wieder erhältlich sein. Allein die Ware ist von Hartenstein tatsächlich in Empfang genommen worden, so dass dieser sie erhalten hat, ohne dass der Gegenwert in der vereinbarten Weise geleistet worden wäre, wodurch die Annullierung unmöglich geworden ist.

5. Also haftet die Beklagte dem Kläger nach wie vor aus dem Zahlungsverprechen vom 5./7. August 1915. Sie hatte sich zu der Zahlung von 14,162 Mk. 50 an ihn verpflichtet, sobald das Bereitliegen der 11 Ballen für Hartenstein in Feldkirch festgestellt wäre; nun steht fest, dass die Ware an Hartenstein gelangt und von ihm bezogen worden ist, was auf das nämliche hinauskommt.

Es geht nicht an, auf die übrigen Vertragsverhältnisse zwischen den Kaufkontrahenten selber einzutreten. Der Kläger ist dem Verkäufer Singer die 14,162 Mk. 50 Pf. schuldig, nachdem er den Auslieferungsschein an die Beklagte herausgegeben hat und infolgedessen die Ware an den Kläger Hartenstein abgegeben worden ist. Abzuweisen ist endlich der Einwand, dieser sei zu zahlen bereit, da er ja Schadenersatzforderungen geltend macht. Das Hauptberufungsbegehren, die Klage sei im vollen Umfange gutzuheissen, ist somit begründet.

• Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt und damit, in Abänderung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich 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 II<sup>a</sup> sezione civile  
nella causa Banca cantonale vodese, attrice,  
contro Società Navigazione e ferrovie pel Lago di Lugano,  
convenuta.

L'obbligo di chi emette un prestito, stipulato in confronto del consorzio delle banche di emissione, di non contrarre altri debiti senza il loro consenso, è un obbligo in favore di terzi (portatori futuri delle obbligazioni): ma può essere invocato eziandio dalla Banca direttrice del consorzio, anche se questo, nel frattempo, si è sciolto e se essa banca non possiede nessuna obbligazione. — Interpretazione di detta clausola e sua validità di fronte ai disposti degli art. 27 CCS e 20 CO. — Inapplicabilità dell'art. 812 al. 1 CCS. — Ammissibilità della domanda tendente a precludere alla convenuta il registro fondiario per l'iscrizione di ipoteca in favore del prestito illecito.

A. — In base a convenzione 15 novembre 1894, la convenuta Società Navigazione e Ferrovie pel Lago di Lugano contraeva, coll' intervento di un consorzio di banche (Banca cantonale vodese in Losanna, Banca 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 1°

rango sulle ferrovie Porlezza-Menaggio e Ponte-Tresa-Luino di sua proprietà, site su territorio italiano. Tuttavia il consorzio non fece uso di questa facoltà per le condizioni inaccettabili cui 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, le quali si obbligarono altresì al servizio degli interessi e al rimborso dei titoli scaduti per sorteggio. Questi titoli contengono la menzione che la Società di navigazione è 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 Société s'interdit de » contracter d'autres dettes que l'emprunt dont il est ici » 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 anonime svizzere di navigazione (rendendo così possibile a questi Istituti la costituzione di pegno immobiliare), la convenuta fece pubblicare nel foglio ufficiale federale del 22 novembre 1916 una domanda di autorizzazione di costituire ipoteca, onde garantire un prestito di un milione :

« a) su tutti i suoi stabili siti in territorio svizzero e » destinati all'esercizio della navigazione, compresi i » cantieri, i docks, le installazioni dei porti e dei luoghi » di sbarco ;

» b) su tutto il suo materiale galleggiante e l'equipaggiamento di questo materiale compreso quello dei docks, » dei cantieri, delle installazioni dei porti ecc. e come meglio a detta pubblicazione. La Banca cantonale vedese avendo sollevato opposizione contro questa domanda

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 site » in Svizzera un privilegio a tutto scapito dei portatori » dei titoli del 1894 sugli interessi dei quali essa, attrice, » ha il mandato di vigilare. »

Nella sua risposta 31 marzo 1917 la convenuta conchiude domandando il rigetto della petizione. Essa oppone anzitutto all'attrice l'eccezione di mancanza di veste attiva (contestazione della legittimazione), argomentando come segue : Nell'opposizione contro la domanda di costituzione di ipoteca l'attrice ha dichiarato espressamente di non agire in qualità di detentrica di obbligazioni del 1894. Ad essa vien quindi meno ogni legittimo inte-

resse per contrastare l'operazione cui mira la convenuta. Il consorzio di banche del 1894 ha cessato di esistere per aver esso conseguito lo scopo per cui fu costituito e cioè l'emissione e il collocamento delle obbligazioni emesse nel 1894 (art. 545 cif. 1 v. CO): esso è sciolto ancora in virtù del disposto di quest'articolo (cif. 3), secondo il quale il fallimento di un socio produce senz'altro lo scioglimento della società. Ora, delle 4 banche che avevano assunto il prestito nel 1894, due e cioè la Banca cantonale ticinese e la Banca popolare sono entrate in liquidazione fallimentare. Ma anche se il consorzio esistesse ancora, all'attrice non farebbe meno difetto la qualità per prevalersi dell'art. 3 della convenzione, poichè tutte le obbligazioni del 1894 furono collocate. Nel merito la convenuta asserisce: La rinuncia a contrarre debiti senza il consenso altrui è obbligo contrario ai buoni costumi giusta l'art. 17 vCO, 20 nCO, ed è espressamente vietato dall'art. 27 CCS, come quello che priva chi lo assume di parte essenziale della sua capacità civile (facoltà di disporre), lo pone in istato di tutela e fa dipendere la sua esistenza economica dal beneplacito di un terzo. L'art. 3 della convenzione 15 novembre 1894 è dunque radicalmente nullo ed improduttivo di effetti giuridici. Del resto, continua la convenuta, nello spazio di tempo che intercedette tra l'odierna situazione e l'emissione dei titoli, l'attrice, cui la convenuta ha sempre comunicato i suoi bilanci, fu regolarmente tenuta al corrente degli obblighi e debiti che la Società di navigazione andava assumendo. L'aumento costante dei debiti bancari della Società, che nel 1906 sommavano a fr. 26,433, per sorpassare nel 1916, per causa della guerra, un milione e 400,000 franchi, era quindi noto all'attrice che non di meno non ha mai protestato, non ha mai sollevato obiezione che la convenuta avesse assunto questi obblighi senza il suo consenso. L'attrice ha implicitamente ratificato l'inosservanza dell'art. 3 della convenzione, rinunciando a prevalersene. Del resto, conchiude la convenuta, quest'articolo dà

all'attrice solo la facoltà di opporsi alla costituzione di debiti, non quella di impedire l'erezione di ipoteca in favore di debiti già contratti: l'attuale azione tende dunque all'esercizio di un diritto che all'attrice non compete.

C. — Nella replica l'attrice e nell'odierna discussione della causa anche la convenuta si riconfermano in sostanza nei motivi addotti negli allegati di causa. In diritto la convenuta invoca inoltre l'art. 812 CCS (« la rinuncia del proprietario del fondo costituito in pegno al diritto di » imporre altri oneri sul medesimo, è nulla »), nel quale essa ravvede nuovo argomento in favore della tesi della nullità della clausola in litigio: —

#### Considerando in diritto:

1° — L'eccezione di mancanza di veste (legittimazione attiva) nell'attrice si appalesa subito infondata qualora si consideri lo scopo dell'art. 3 della convenzione 15 novembre 1894, la sua natura giuridica e la funzione economica che esso era destinato a compiere. Scopo di quel disposto era di impedire che la Società scemasse le garanzie che esistevano in favore di quel prestito e le quali (a prescindere dalle ferrovie Porlezza-Menaggio e Ponte-Tresa-Luino che, per i motivi suddetti, male si prestavano ad essere oggetto di garanzie speciali) consistevano in sostanza nel patrimonio galleggiante della società. Esiccome, nello stato della legislazione di allora, la costituzione di ipoteca sul naviglio di una società di navigazione non era giuridicamente possibile, il solo privilegio che poteva venir costituito in favore del prestito del 1894 era appunto quello di impedire alla Società di contrarne un altro, di sobbarcarsi ad obblighi ingenti, i quali, aumentando le passività, avrebbero avuto per necessaria conseguenza di diminuire proporzionalmente la garanzia insista nel patrimonio della debitrice. La clausola in questione, conchiusa tra la convenuta ed il consorzio delle banche, era dunque una stipulazione in favore di

terzi e cioè dei futuri detentori delle obbligazioni : i quali terzi potevano essere tanto i singoli istituti bancari quali possessori di titoli, quanto 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 alla 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, perchè giusta l'art. 128 vCO, sotto il cui regime sorsero i rapporti di diritto in causa, « chi, agendo in proprio » nome, stipulò una prestazione in favore di un terzo, ha » diritto di chiedere che la prestazione al terzo sia fatta » (confr. anche nCO art. 112 al. 1°).

Del resto la veste dell'attrice deriva anche dalla responsabilità da essa assunta emettendo le obbligazioni in parola. Come risulta dal titolo stesso, in cui vien 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 nCO) 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 coll'emissione dei titoli del 1894 e colla promessa della prestazione di un terzo fatta allora ai loro futuri detentori : è 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

dal consorzio delle banche. Questa circostanza non ha nessuna importanza, ovvio essendo che collo scioglimento di una società non si estinguono i diritti acquisiti da essa, o piuttosto, poichè si tratta di una società semplice (RU 41 II p. 188) dai singoli soci. Nel caso in esame l'obbligo assunto dalla convenuta era un obbligo di non fare (obligatio non facendi), che spettava di singoli soci direttamente (art. 544 al. 2 vCO) e a ciascuno per il tutto, poichè l'obbligo a non fare è per sua natura indivisibile a 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 che, come fu detto, è esercitato anche a garanzia dei detentori delle obbligazioni, è indipendente dalla durata del consorzio delle banche di emissione, ma deve esistere finchè esistono le obbligazioni stesse, cioè fino al loro totale rimborso.

2° — Nel merito la convenuta investe anzitutto di nullità il patto in discorso dichiarandolo limitativo della capacità civile e quindi nullo giusta l'art. 17 vCO, 20 nCO e 27 CCS. Ad infirmare quest'eccezione non giovano le restrizioni e concessioni cui l'attrice è scesa nell'odierna discussione della causa, dichiarando, tra altro, che non intenderebbe opporsi ad una costituzione di ipoteca, purchè fosse in favore anche del vecchio prestito del 1894. Questa proposta può fare oggetto di trattative tra le parti, ma è indifferente per conoscere del fondamento dell'obiezione, poichè, se essa fosse ammissibile, la nullità sarebbe radicale ed insanabile e renderebbe la clausola del tutto inesistente e quindi non suscettibile di modificazioni per concessione di parte. Ma l'argomento invocato dalla convenuta deriva da una interpretazione del patto troppo schiava del suo tenore letterale e non ammissibile perchè non tien conto della sua interpretazione logica e del fine cui la stipulazione mirava. Se dai termini : « la société s'interdit de

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 qualunque 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 c'è chi non veda che tale interpretazione non può essere ammessa poichè, compreso in questo senso, il divieto avrebbe dovuto condurre necessariamente alla cessazione dell'esercizio della convenuta, attesocchè 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 renderle 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 e, in ogni caso, a creare, come intende fare la convenuta, un privilegio in suo favore. Interpretato in questo senso, che è il solo ammissibile, il patto impugnato è 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 vCO o considerarsi come rinuncia alla capacità civile (vedi OSER, Diritto delle obbligazioni, pag. 160 e seg.; FICK, Diritto delle obbligazioni commenti agli art. 19 e 20 nCO e le sentenze ivi citate: EGGER, commenti all'art. 27 CCS). A questo proposito non è superfluo osservare che clausole simili a quella di cui si tratta e

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).

3° — In quest'ordine di idee la convenuta ha fatto capo anche all'art. 812 al. 1° CCS, che colpisce di nullità la rinuncia del proprietario di un fondo costituito 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: cioè l'esistenza di ipoteca precedente sui beni da costituirsi in pegno. Del resto, questo precetto è di diritto singolare ed eccezionale, perchè limitativo della libertà di contrarre; esso non può quindi ricevere interpretazione estensiva e venir applicato a casi non tassativamente previsti.

4° — Infondata si appalesa pure l'obbiezione 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 o 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.

E, parimenti, non occorre dilungarsi per dimostrare l'inermità 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 delle strade ferrate di rifiutare l'iscrizione dell'ipoteca nel registro fondiario, la convenuta non solleva obiezione particolare. Tuttavia giova osservare: questa domanda è il corollario della prima, come conclusione tendente ad un provvedimento esecutivo del divieto di costituzione di ipoteca. Vero è che, in sé, 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 c o n t r a t t u a l e restrittiva 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 o di ricorso, ma istanza unica 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.

Il provvedimento chiesto dall'attrice ha il carattere di esecuzione reale che al giudice compete. L'attrice non ha mezzi per impedire che, ad onta dell'art. 3 del contratto e 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 fuorchè 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 tema 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 4 della legge precitata), autorizzazione che, dopo l'esito della presente causa, l'autorità competente non può concedere (art. 2 e 3 l. c.). Ond'è che nel caso in esame un'iscrizione dell'ipoteca in favore dei sottoscrittori di un eventuale secondo prestito non sembrerebbe possibile e sarebbe, in ogni caso, totalmente nulla perchè priva di un elemento essenziale alla costituzione del pegno: l'autorizzazione dell'autorità competente; —

Il Tribunale federale  
p r o n u n c i a :

Le domande della petizione sono ammesse.