

habe, vermag dem Kläger darum nicht zu helfen, weil das Bestehen einer sittlichen Pflicht — sofern man dazu auch solche nicht in der Ethik, sondern bloss in gesellschaftlichen Anschauungen wurzelnde Rücksichten rechnen will — wohl die Rückforderung des in Erfüllung derselben Geleisteten ausschliesst (Art. 63 Abs. 2, 239 Abs. 3 OR), aber noch keinen Titel für einen klagbaren Anspruch abgibt. Wäre es anders, d. h. würde aus dem sittlichen Gebote demjenigen, an den es sich richtet, auch rechtlich die Pflicht zu einem entsprechenden Verhalten erwachsen, so wäre die Bestimmung des Art. 63 Abs. 3 OR überflüssig, weil dann von vorneherein von einer «ohne Grund» erfolgten Leistung bezw. einer Nichtschuld nicht gesprochen werden könnte, der Ausschluss der Kondiktion sich also schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst verstehen würde. Dessen besondere Statuierung lässt sich demnach nur so erklären, dass die Bereicherung, weil der durch sie geschaffene Zustand dem sittlichen Bewusstsein entspricht, nicht als ungerechtfertigt gelten soll, obwohl vom Standpunkte des Rechtes aus ein Grund für sie nicht vorliegt. Erzeugt das sittliche Gebot an sich noch keine Rechtspflicht, so kann es aber auch nicht zum Gegenstand eines rechtlich verbindlichen Erfüllungsversprechens gemacht werden, weil ein solches voraussetzt, dass vorher überhaupt eine — zu erfüllende — Obligation im Rechtssinne vorlag (OSER, Kommentar zum OR S. 5 VII 1 c). Formlose Zusagen der hier vorliegenden Art, durch die ein Vater dem Sohne Zuschüsse zur Ermöglichung einer gewissen Lebenshaltung aussetzt, pflegen denn auch regelmässig nicht in der Absicht der Eingehung einer rechtlichen Verpflichtung abgegeben zu werden, und zählen nach der Anschauung des Lebens nicht zu denjenigen, mit denen eine solche Absicht, d. h. der Wille einer rechtsgeschäftlichen Bindung, wie er zur Begründung einer Obligation nötig ist, verbunden wäre. Es handelt sich dabei um rein freiwillige Leistungen auf

Zusehen hin, auf deren Zusicherung sich ein im Rechtswege erzwingbarer Anspruch nicht gründen lässt.

Da demnach die Klage schon mangels Vorliegens eines rechtlich verbindlichen Leistungsversprechens verworfen werden muss, braucht die Frage nicht erörtert zu werden, welche Bedeutung unter Voraussetzung der Annahme eines solchen der Behauptung des Beklagten zugekommen wäre, dass die Verhältnisse des Klägers sich inzwischen durch Anfall eines Erbes an seine Frau gebessert hätten, und ob nicht die Vorinstanz den dafür beantragten Beweis hätte abnehmen müssen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 11. Januar 1919 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

45. Sentenza 7 maggio 1919 della II^a sezione civile nella causa Valsangiacomo c. Antonietti.

Obbligo personale assunto da un socio di una società in nome collettivo a garanzia di un mutuo fatto alla società. — Esso non è obbligo per se stante e diverso da quello previsto dall'art. 564 cap. 3 CO e resta pertanto estinto dal concordato concesso alla società.

A. — La società in nome collettivo Fratelli Valsangiacomo fu Pietro in Balerna, composta da Cesare, Guglielmo e Vittore Valsangiacomo, prendeva a mutuo da Antonietti Casimiro in Lugano, il 3 luglio 1914, 4000 fr., ed il 21 dello stesso mese 2000 fr. Sul mutuo di 2000 fr. furono in seguito restituiti 1000 fr.

Le due polizze, firmate « per la ditta Valsangiacomo fu Pietro : Valsangiacomo Cesare », contengono la dichiarazione di debito da parte della mutuataria, il suo obbligo

a restituzione entro i termini pattuiti ecc. ecc. e infine il passo seguente: « E tutto ciò (il tutto) sotto ogni vincolo reale della prefata ditta debitrice e personale dell'infrascritto Cesare Valsangiacomo e sotto condanna spontanea e parata esecuzione e rimossa ogni eccezione. »

Nel 1916 la ditta Valsangiacomo cadeva in fallimento e otteneva poscia un concordato sulla base del 40% il quale passava in giudicato malgrado l'opposizione di Casimiro Antonietti: questi ritirava in seguito la percentuale concordataria spettantegli sul suo credito di 5000 fr.

B. — Con petizione 31 agosto 1917 Antonietti domandava a Cesare Valsangiacomo il pagamento di 2600 fr. corrispondenti all'ammontare del suo credito rimasto insoluto nel concordato. Esso argomentava, in sostanza, come segue: La dichiarazione del convenuto contenuta nelle polizze (« sotto il vincolo personale ») costituisce una coobbligazione personale di lui allato a quella assunta dalla società, a maggior garanzia del creditore. Il concordato ha bensì estinto il debito della società, ma non il debito personale contratto dal socio Cesare Valsangiacomo, la cui obbligazione sussiste ancora ed è tuttora efficiente.

C. — Il giudice di primo grado, il Pretore di Mendrisio, respinse la domanda. Non è giuridicamente possibile, assevera esso, distinguere l'obbligo in questione in un debito personale del socio e in un debito della società in nome collettivo, poichè siffatta società non costituisce una persona giuridica. Non potersi considerare l'obbligo assunto dal convenuto neppure come una fideiussione, poichè questo negozio suppone il debito di un terzo e manca, del resto, di un requisito essenziale, vale a dire della firma personale del fideiussore, Cesare Valsangiacomo non avendo firmato le polizze che « per la ditta Fratelli Valsangiacomo ».

Di parere contrario si appellò il Tribunale di Appello, il quale, con sentenza 12 novembre 1918, accolse la

petizione. Esso ravvisa nell'obbligo assunto dal convenuto una fideiussione semplice, destinata ad assistere l'obbligazione principale della società, fideiussione valida anche nella forma poichè la firma del fideiussore vale tanto quale firma del rappresentante della società che a titolo personale. Non avendo aderito al concordato l'attore ha il diritto di esigere dal convenuto l'ammontare restato scoperto in virtù dell'art. 303 LEF al. 1.

D. — Da questa sentenza il convenuto si è appellato al Tribunale federale nei termini e nei modi di legge.

Considerando in diritto:

1° — A mente dell'art. 564 CO i soci di una società in nome collettivo sono responsabili solidalmente di tutte le obbligazioni della società. Di fronte a quest'ultima, questa responsabilità, pur essendo solidale, è solo sussidiaria nel senso che suppone lo scioglimento della società o la sua escussione infruttuosa.

L'istanza cantonale consente colla giurisprudenza (RU 37 I p. 160) e colla dottrina (JAEGER, comm. LEF art. 293 osserv. 1°; REICHEL, comm. art. 293, osserv. 12) nell'ammettere che, per principio, il concordato ottenuto dalla società estingue senz'altro la responsabilità dei soci, nel senso che essi non possono più essere convenuti personalmente per un debito sociale a sensi dell'art. 564 CO; ma nel caso in esame essa contesta l'applicabilità di questo principio asserendo che l'obbligo assunto dal convenuto sarebbe obbligo diverso di quello incombenetegli in virtù dell'art. 564 CO: costituirebbe cioè l'obbligo di un fideiussore semplice che, come tale, non sarebbe colpito dal concordato nè estinto per esso. Ma questa tesi non può essere accolta. Anche a prescindere dall'indagine se, assumendo un « vincolo personale » in modo siffattamente generico, il convenuto abbia inteso obbligarsi specialmente in qualità di fideiussore (questione assai dubbia, perchè nelle polizze non è cenno veruno di

cotale forma di garanzia), l'inanità del ragionamento appare dalle seguenti considerazioni: Come ammette la costante giurisprudenza di questa Corte (RU 17 p. 559; 24 II p. 736; 31 II p. 636), la società in nome collettivo non costituisce una persona giuridica. Vero si è che la società può acquistare diritti ed assumere obbligazioni di qualsiasi natura, e che essa ha la facoltà di stare in giudizio (art. 559 CO): ma tutto ciò non le costituisce ancora una persona giuridica per sé stante (RU 24 II p. 735). A mente del nostro diritto, la società collettiva è una indivisione: il complesso del suo patrimonio, l'insieme dei suoi beni non le spettano come a persona giuridica distinta da quella dei soci, sibbene spettano ai soci come proprietà comune: e, d'altro canto, gli obblighi che le incombono, incombono senz'altro e sino dalla loro origine ai soci, coll'unico temperamento di legge (art. 564 cap. 3), che il singolo socio non può essere convenuto personalmente se non sciolta od escussa la società: il che significa solo che il diritto spettante al creditore della società di convenire il socio resta sospeso fino all'avveramento dei citati requisiti, ma non che l'obbligo della società costituisca obbligazione distinta da quella del socio. Dovendosi quindi ammettere che l'obbligo assunto dalla società Valsangiacomo verso l'attore costituisce, sin dal suo sorgere e in virtù stessa della legge, un obbligo personale del convenuto, ovvia ne segue una doppia illazione: anzitutto, che è giuridicamente inammissibile il considerare « il vincolo personale » di cui nelle polizze come una fideiussione, semplice o solidale, del convenuto, poichè la fideiussione suppone necessariamente e per definizione un debito altrui ed è, come insegna l'OSER, « la malleveria per un debito altrui »: secondariamente, che nell'obbligo assunto dal convenuto non può neppure ravvisarsi l'assunzione o la coassunzione di un debito, poichè anche questo negozio ha per supposto il debito di un terzo, che l'assuntore vuol far suo.

E neanche puossi sostenere, come fa l'attore, che l'ob-

bligo assunto dal convenuto sia obbligo per sé stante, distinto da quello che gli incombeva per legge (art. 564 CO) e che pertanto non sarebbe stato colpito dal concordato. La causa dell'obbligazione in questione non era che una sola e consisteva nell'obbligo incumbente alla società in linea principale ed ai singoli soci, in linea sussidiaria ma *solidale*, di restituire all'attore i mutui del 3 e 21 luglio 1914. Data l'unità della causa non poteva sorgere che una *sola* obbligazione e ciò malgrado la solidarietà, la quale per sé stessa non è costitutiva di obbligazione diversa, ma serve solo di maggior garanzia. Sarebbe concepibile invece che, poichè l'obbligo solidale di cui all'art. 564 è solo *sussidiario*, il convenuto avesse inteso eliminare questa sussidiarietà e rendersi responsabile per il debito immediatamente, cioè anche prima dello scioglimento o dell'escusione della società. Ma questa ipotesi non ha valore nel caso in esame in cui, di fatto, la società era già escussa ed in fallimento quando ottenne il concordato e il convenuto fu chiamato in giudizio per il pagamento del residuo. E, finalmente, non regge neppure l'argomento che il convenuto mirasse a garantire l'attore contro gli effetti di un futuro concordato della società, vale a dire, intendesse rinunciare, per quanto lo potesse concernere, ad opporgli il concordato col suo effetto estintivo della responsabilità dei soci. Siffatta pattuizione non sarebbe valida. Essendo i soci senz'altro tenuti degli obblighi della società e operando il concordato di essa « eo ipso » (RU 37 I p. 160) come modo di estinzione della loro responsabilità, essa significherebbe rinuncia anticipata e per sé stessa illecita ad invocare un futuro concordato.

Il Tribunale federale pronuncia:

1° L'appello è ammesso.