

brochen hätte, nicht aber, wenn die Erwartungen, die der Beklagte an die Schenkung knüpfte, sich nicht erfüllen.

2. — Wenn aber auch angenommen werden wollte, es liege eine Schenkung mit der Auflage an die Klägerin vor, die schwachsinnige Tochter des Beklagten zu pflegen, so müsste der Rückforderungsanspruch des Beklagten doch aus den von der Vorinstanz genannten Gründen abgewiesen werden. Diese Auflage konnte nur den Sinn haben, dass die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Ehefrau des Beklagten, neben ihm und nicht etwa an seiner Stelle, diese Pflege auszuüben habe. Die Erfüllung dieser Auflage ist nun allerdings durch die Scheidung der Ehe der Parteien unmöglich geworden. Gemäss Art. 249 Ziff. 3 OR genügt jedoch die Tatsache allein, dass eine Auflage nicht erfüllt wird, nicht zum Widerruf der Schenkung, sondern es muss sich dabei um eine ungerechtfertigte Nichterfüllung handeln, was hier nicht der Fall ist. Zwar beruht die Scheidung zunächst auf dem freien Willensentschluss der Klägerin d. h. auf dem von ihr gestellten Scheidungsbegehren. Allein nach dem rechtskräftigen Scheidungsurteil der ersten Instanz ist der Beklagte als der an der Zerrüttung der Ehe schuldige Teil erklärt und die Scheidung bezw. die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage durch die Klägerin daher von ihm und nicht von der Klägerin schuldhafterweise herbeigeführt worden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 24. Mai 1916 bestätigt.

77. Sentenza 18 ottobre 1916 della II^a sezione civile
nella causa **Akkumulatorenfabrik Oerlikon**
contro **Massa Rabbi**.

Accordo delle parti sul valore del litigio e sua influenza sull'appellabilità della causa. — La stipulazione di obbligazione cambiaria non è per se stessa produttiva di novazione. — Di fronte a regolare iscrizione a pubblico registro il credito iscritto ed il diritto di pegno debbono ritenersi validi fino a prova del contrario. — Art. 59, al. 2 OG; 116 CO; 9 e 937 CCS.

1. — Per garantire un debito di 22 000 fr. verso diversi creditori, Roberto Rabbi in Lugano costituiva ipoteca sui suoi stabili, impianti elettrici ed accessori siti in Isonne e Medeglia con brevetto notarile del 25 ottobre 1912 nel quale sono indicati i creditori nominativamente coll'ammontare del loro credito. Il debito (prestito) fu diviso in obbligazioni parziali nominative di 500 fr. al 4½% che il debitore rimise ai suoi creditori in proporzione del loro avere: l'Akkumulatorenfabrik ne ricevette dodici (N° 21-32), corrispondenti a 6000 fr. L'iscrizione dell'ipoteca ebbe luogo il 15 novembre 1912: essa porta sul capitale complessivo di 22000 fr. e non fa menzione di interessi. Un impiegato della Akkumulatorenfabrik, certo Dressel, assunto come teste, ebbe a dichiarare che il credito dell'attrice, preesistente all'emissione dei titoli, era in origine di 5900 fr. per il quale il debitore aveva rilasciato delle cambiali che, insolute, venivano poi rinnovate a scadenza. Al 28 novembre 1913 il debito Rabbi era ridotto a 3000 fr. per la qual somma il debitore rinnovò una cambiale a tre mesi (28 febbraio 1914), che poi cadde in protesto per mancanza di pagamento. Per questo importo avendo la creditrice escusso il debitore in via ordinaria di pignoramento, questi, con lettere del 29 aprile e del 25 maggio 1914 si lagnava di questo modo di procedere, pretendendo che la creditrice possedesse garanzia ipotecaria per tutto l'importo di 6000 fr.

B. — Nel settembre 1914 intervenne il fallimento del debitore e l'Akkumulatorenfabrik, che nell'esecuzione aveva ottenuto un certificato di carenza di beni a mente dell'art. 115 LEF, insinuava il credito di 3000 fr. cogli interessi al 6 % dal 28 febbraio 1914 al giorno del fallimento e 77 fr. per spese di esecuzione, e reclamava collocazione in sede ipotecaria, facendo capo all'effetto cambiario e ad un estratto del registro ipotecario concernente l'iscrizione del 15 novembre 1912. L'amministrazione del fallimento ammetteva il credito solo in V classe, contestando che fosse assistito da pegno ipotecario. Donde la petizione 6 giugno 1915 colla quale l'attrice domandava che la convenuta Amministrazione del fallimento Rabbi avesse a collocare il suo credito in anticlasse siccome garantito da ipoteca e, subordinatamente, che le venisse concesso congruo termine per iniziare la procedura di ammortamento delle obbligazioni parziali summentovate, già in suo possesso, e che essa dichiarava di avere smarrite.

C. — Con sentenza del 19 maggio 1916 il Tribunale di Appello del Cantone Ticino respingeva la petizione, in sostanza per il motivo che l'attrice non ha fornito la prova che l'ipoteca costituita a garanzia di un credito complessivo di 22000 fr. assistesse anche il credito di 3000 fr., derivante dalla cambiale.

D. — Da questa sentenza l'attrice si appella al Tribunale federale con appellazione motivata del 15 luglio 1916.

La convenuta propone il rigetto del rimedio.

Il Tribunale federale considerando
in diritto:

1. — L'appellante sostiene la competenza del Tribunale federale asserendo che il valore della causa supera 2000 fr. essendo il valore del pegno in litigio di gran lunga superiore a questa somma. La convenuta non ha contestato questa asserzione, nè la competenza di questa Corte. Essendo così le parti d'accordo che il valore della causa

supera il limite per il quale l'appellazione è concessa, questa Corte deve ritenersi competente, quantunque non risulti dagli atti quale sarà il dividendo da attribuirsi ai creditori di V classe, che dovrebbe venir dedotto dall'importo di 3000 fr. (RU 42 II p. 78).

2. — Nel merito obietta anzitutto la convenuta che, se anche il credito dell'attrice fosse stato originariamente assistito da pegno immobiliare, questa garanzia sarebbe venuta a mancare dal momento che per esso furono rilasciate delle cambiali e così il rapporto originario di diritto civile garantito da ipoteca sostituito da rapporto puramente cambiario e chirografario. Questa tesi è manifestamente erronea. A mente dell'art. 116 CO la stipulazione di un'obbligazione cambiaria non produce novazione del credito preesistente « salvo patto contrario », che nel caso in esame nulla induce ad ammettere. La circostanza invece che le cambiali precedettero la costituzione dell'ipoteca e che esse non furono ritirate, ma rinnovate malgrado la consegna delle obbligazioni parziali, dimostra che nell'intento delle parti gli effetti cambiari non furono rilasciati pro soluto, sibbene solvendi causa: essi non dovevano dunque costituire che un mezzo di pagamento non produttivo di novazione.

3. — Decisiva invece per la sorte dell'appellazione è la circostanza che in favore della ditta attrice è tuttora accesa l'ipoteca del 15 novembre 1912, la cui validità non fu neanche impugnata, e che quest'ipoteca, come è pacifico in atti, garantiva in origine un credito di 6000 fr. Trattandosi così di un credito risultante dai registri fondiari a sensi dell'art. 246 LEF, l'amministrazione del fallimento Rabbi avrebbe dovuto iscriverlo d'ufficio nel piano di collocazione, l'osservanza di questo precetto non privandola del resto del diritto di non ammetterlo, ove le fosse risultato impugnabile ad onta dell'iscrizione. Ma a favore di un diritto reale iscritto nel registro fondiario sta la presunzione della sua validità (art. 937 e 9 CCS; WIELAND, i diritti reali del CCS, nota 1 all'art. 937):

il che vale a dire che il credito iscritto — nel caso concreto ammesso per l'importo originario di 6000 fr. — ed il diritto di pegno debbono ritenersi validi fino a prova del contrario da fornirsi da chi li contesta. Ora, ad infirmare i diritti risultanti dall'iscrizione in favore dell'attrice, la convenuta, oltre all'eccezione di novazione sopraccennata, ha sollevato due obiezioni: ha contestato anzitutto l'identità del credito originario di 6000 fr. col credito di 3000 fr. insinuato in graduatoria in base alla cambiale scaduta il 28 febbraio 1914, ed ha, in secondo luogo, accampata l'estinzione del credito e con esso della garanzia ipotecaria, desumendola dall'asserzione che l'attrice avesse restituito al debitore Rabbi le obbligazioni parziali e attribuendo a questo preteso fatto presunzione di estinzione del credito che detti titoli erano destinati a garantire.

a) L'infondatezza della prima eccezione si appalesa tostochè si consideri che nè l'indicazione della causa di un credito nell'atto di insinuazione, nè i documenti che l'accompagnano sono base irremovibile di un giudizio di graduazione (art. 232 cif. 2^e note relative del commento JAEGER): che, del resto, all'insinuazione l'attrice ha allegato un estratto concernente l'iscrizione ipotecaria del 15 novembre 1912 e che, infine, data la presunzione di validità del credito ipotecario, la sua identità con quello vantato dall'attrice nel fallimento deve venir ammessa, almeno fintanto non sia dimostrato che, all'infuori di quelli che diedero origine al credito garantito da ipoteca, altri rapporti di diritto tra le parti incorsero che poterono dar luogo ad altro credito. Ora, non solo tale prova non fu raggiunta, ma nemmeno tentata: dalla deposizione del teste Dressel e dalle lettere stesse di Rabbi del 29 aprile e 25 maggio 1914, di poco anteriori al fallimento, risulta invece in modo evidente che il credito notificato nel fallimento altro non può essere che la parte restata insoluta di quello di 6000 fr. garantito da ipoteca.

b) All'eccezione di estinzione vien meno il fondamento stesso di fatto. I testi (Marcacci e Galli) assunti a dimostrarlo depungono bensì che Rabbi ebbe a far loro analoghe dichiarazioni e che essi videro alcune obbligazioni nelle sue mani: ma non sanno se fossero precisamente quelle dell'attrice. È dunque inutile esaminare se la non dimostrata restituzione delle obbligazioni al fallito avrebbe potuto, per sè sola, produrre l'estinzione del credito.

Da queste considerazioni risulta che, inammissibili essendo le eccezioni accampate dalla convenuta contro la validità dell'iscrizione ipotecaria, questa fa fede da sola del diritto di pegno immobiliare in litigio e che, a dimostrarne la consistenza, all'attrice non occorreva produrre le obbligazioni parziali, qualunque ne sia la natura giuridica.

4. — Ammesso il pegno immobiliare per il capitale di 3000 fr. chiedesi, infine, se lo si debba riconoscere anche per le spese di 77 fr. e per gli interessi insinuati. L'importo delle spese non essendo stato contestato dalla convenuta che lo ammise in V classe, l'estensione del pegno in suo favore deriva dalla legge (art. 68 e 157 LEF e JAEGER, Commento 1° all'art. 219 LEF). Meno ovvia è la questione di sapere se il diritto di ipoteca si estenda anche agli interessi vantati dall'attrice, l'importo dei quali non fu contestato. Il dubbio sorge dalla circostanza che l'iscrizione ipotecaria sulla quale si basano i diritti di pegno dell'attrice, non porta che sul capitale e non indica se esso dovesse essere fruttifero.

Non occorre tuttavia risolvere questa delicata questione (vedi art. 937 e 818 CCS e conferenze del professore HUBER sui diritti reali p. 61) poichè è pacifico in atti che l'ipoteca in favore dell'attrice garantiva un credito di 6000 fr.; questa somma è lungi dall'essere raggiunta, anche tenendo calcolo degli interessi insinuati nel fallimento Rabbi:

pronuncia:

L'appellazione è accolta.