

wenn die vermachte Sache infolge des Verschwindens oder der Entwertung nicht mehr zum ausgesetzten Zwecke, für den sie bestimmt wurde, geeignet ist. Wenn der Erblasser für diese Fälle keine Ersatzverfügung getroffen hat, so bleibt der Zweck unerfüllt, auch wenn dadurch der Wille des Testators, wie er aus der Zwecksetzung hervorgeht, noch sehr unerfüllt bleibt. Es ist nicht einzusehen, warum dies beim vorliegenden Summenvermächtnis anders wäre; auch hier hätte der Erblasser, der das Entwertungsrisiko kannte, durch eine Ersatzverfügung für Vermeidung seiner Folgen sorgen müssen.

Das eine der von den Beklagten produzierten Gutachten hat denn auch das von ihm verteidigte Abgehen von der bestimmten Summe nur damit zu rechtfertigen gesucht, dass im vorliegenden Falle durch die Erweiterung des Legates zu Gunsten der Universität Freiburg über die 50,000 Mark hinaus keinem andern Bedachten ein diesem bestimmt zugesicherter Betrag entzogen werde; da die Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa nur den Rest des letzten Dreissigstels erhalten sollen und sie nicht einmal bestimmt genannt seien, sei es dem Erblasser nicht darauf angekommen, dass sie bei Erhöhung des Legates an Freiburg weniger erhalten. Allein es kann für die Auslegung des Legates an Freiburg nichts darauf ankommen, dass die Zuwendung an die Wohltätigkeitsanstalten nicht in bestimmten Beträgen erfolgte; dadurch, dass ihnen kein bestimmter Betrag, sondern der Rest einer Nachlassquote zugewendet wurde, erhielten sie ohne weiteres kraft Gesetzes, auch wenn der Erblasser an diese Folge nicht dachte, die Vorteile aus der Abfindung der vorgehenden Vermächtnisschulden mit geringeren Aufwendungen bei Kursentwertung als früher. Auch nach dieser Richtung hat der Erblasser die faktisch lange nach seinem Tode eingetretene Veränderung der Verhältnisse nicht vorausgesehen und daher keine Verfügung zu ihrer Korrektur getroffen; aber deswegen kann

nicht seine Verfügung so umgestaltet werden, wie wenn er diese Veränderung vorausgesehen hätte. Wenn der Erblasser den letzten Dreissigstel ausschliesslich durch Aussetzung bestimmter Beträge (ohne Restverfügung) verteilt hätte, von der Voraussetzung aus, dass auch der ganze Dreissigstel eigentlich einem bestimmten Betrag gleichkomme, so könnte man die einzelnen Beträge nur als Bruchteile des Dreissigstels behandeln; allein der Erblasser berücksichtigte wohl die Unbestimmtheit des Quotenumfanges und hat nun auch das ganze Risiko dieser Unsicherheit demjenigen zugeschoben, dem er den Rest der Quote vermachte und der jetzt infolgedessen auch unerwartet mehr erhält, wie er vielleicht auch beim Minderwert des Quotenrestes unerwartet viel weniger hätte erhalten können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1922 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

5. Sentenza 8 marzo 1923 della seconda sezione civile nella causa *Eredi Wessel e Consorti c. Antognini*.

Ipoteca eretta a favore di un titolo al portatore e costituente, col titolo stesso, un sol atto. — L'originale del titolo è depresso in mani terze: in cercolazione si trova l'unica copia ufficiale autentica dell'istromento. — Validità di siffatta ipoteca. — Art. 793, 799, 824, 825, 875 CCS: 14, 846 CO: 40 e 53 regol. reg. fondiario.

A. — Con istromento 30 gennaio 1919 a rogito del notaio Laurenti, Otto Hürlimann-Ganz in Lugano si pro-

fessava debitore della somma di 60 000 fchi. « verso ed » a favore del portatore del presente titolo, risp. solo della » *copia autentica*, da rilasciarsi dall'Ufficio dei registri » dei pegni immobiliari di Lugano, non appena interve- » nuta la relativa iscrizione ipotecaria », contro garanzia ipotecaria sopra diversi stabili in territorio di Massagno di proprietà del debitore. Il titolo prevede i termini della restituzione mediante rimborso del capitale mutuato senza preavviso (cifra 1), fissa l'interesse al 6 ½ % (cifra 2) e dispone (cifra 3) « che le quietanze degli inte- » ressi del capitale risulteranno da analoghe dichiara- » zioni sulla *copia autentica* di questo titolo da rilasciarsi » dall'Ufficio del registro, e presso il notaio saranno » fatte le eventuali comunicazioni dirette al portatore » del titolo che, per poterle ricevere, dovrà indicare al » notaio il suo domicilio ». Alla cifra 8 l'istromento dispone: « Rimborsato al portatore l'intero importo » cogli interessi, su richiesta di esso o del notaio, accom- » pagnata dalla *copia autentica* di questo titolo rilasciata » dall'Ufficio del registro, l'Ufficio stesso è autorizzato » a procedere alla cancellazione dell'ipoteca iscritta a » garanzia del medesimo. »

L'originale dell'istromento, che restò depresso presso l'Ufficio del registro, porta la firma del debitore autenticata dal notaio e da due testimoni. L'ipoteca fu regolarmente iscritta il 5 febbrajo 1919 e lo stesso giorno la copia dell'istromento, rilasciata e dichiarata conforme dall'Ufficio del registro, venne consegnata al notaio e da questi, in seguito, al portatore, cioè al creditore mutuante che, come è pacifico in atti, è il convenuto Antonio Antognini in Lugano.

B. — Nel maggio del 1921 il debitore Otto Hürlimann cadeva in fallimento, nel quale Antognini, quale creditore e portatore del titolo ipotecario in questione o, più precisamente, della *copia autentica* dello stesso, insinuava un credito di 60 000 fchi. garantito da pegno. Il credito fu iscritto in graduatoria come garantito da

pegno solo per 45 000 fchi. coll'interesse del 5 %, l'Amministrazione del fallimento avendo ritenuto che 15 000 fchi. fossero stati rimborsati nel frattempo e che si dovesse far applicazione dell'art. 818 CCS cifra 3 in fine.

Questa collocazione fu impugnata dagli attuali attori, gli eredi Wessel e la Banca di Zofingen. I primi chiedevano che il credito di 45 000 fchi., ammesso nella graduatoria come assistito da ipoteca, ne fosse stralciato e, subordinatamente, accolto solo in V^a classe; la Banca di Zofingen domandava che l'iscrizione ipotecaria a favore del convenuto Antognini fosse dichiarata nulla e che il ricavo dalla vendita degli stabili dovesse servire anzitutto al soddisfacimento di essa attrice.

Ambedue le azioni sono basate essenzialmente sulla tesi dell'invalidità di una ipoteca al portatore costituita nel modo sopradetto e quindi della nullità della relativa iscrizione ipotecaria.

Il convenuto conchiudeva domandando il rigetto delle azioni e, subordinatamente, denunciava la lite allo Stato del Cantone Ticino, rendendolo responsabile del danno che fosse per subire da una eventuale cancellazione dell'ipoteca.

C. — Con sentenza 9 ottobre 1922 il Tribunale di Appello del Cantone Ticino, confermando il giudizio di primo grado (Pretore di Lugano-Città), respingeva le petizioni e metteva spese e ripetibili a carico degli attori.

D. — Da questa sentenza gli attori hanno dichiarato appello al Tribunale federale nei termini e nei modi di legge.

Considerando in diritto :

1° — Come rettamente fa rilevare l'istanza cantonale, la questione da decidersi non si presenta al giudice impregiudicata. Essa fu già oggetto di preavvisi, di pareri e infine di decisioni della suprema autorità federale di vigilanza sul registro fondiario. All'inizio della pratica

delle ipoteche a garanzia di un credito al portatore, talune autorità cantonali, nel dubbio che tali ipoteche fossero valide, esitavano a permetterne l'iscrizione al registro fondiario. Il che provocò pareri e decisioni del Dipartimento federale di Giustizia e Polizia e del Consiglio federale stesso, come suprema autorità di vigilanza in materia del registro fondiario. Queste autorità si pronunciarono per l'ammissibilità delle ipoteche costituite a garanzia di un titolo al portatore (v. risoluzione del Consiglio federale nella causa Droux, FF ed. tedesca 1918 III p. 202 e seg. e Repertorio di giurisprudenza patria 1919 p. 407; pareri del Registro fondiario federale al Dipartimento di Giustizia del Cantone Ticino 23 settembre 1920 e del marzo 1921; cfr. anche consulto del prof. E. Huber 21 maggio 1921 al Consiglio di Stato del Cantone Ticino, pubblicato nel Foglio ufficiale del Cantone Ticino N° 56 del 15 luglio 1921). Ottenuta la sanzione della suprema autorità federale nel senso che l'iscrizione di siffatte ipoteche era dichiarata lecita, la pratica della costituzione di ipoteche al portatore ebbe rapida diffusione in certi cantoni. Il Tribunale di Appello del Cantone Ticino constata nella querelata sentenza che nel solo distretto di Lugano furono iscritti titoli al portatore per l'ammontare di circa 3 500 000 fchi e da informazioni assunte risulta che nel distretto di Losanna la cifra sorpassa parecchie diecine di milioni. Simili ipoteche furono erette ed iscritte per importi non precisati, ma indubbiamente rilevanti, anche nei Cantoni di Soletta, di Sciaffusa e dei Grigioni (v. LEEMANN, nota 2^o all'art. 825). Molteplici sono le ragioni per cui l'abitudine di tali transazioni prevalse così rapidamente. Per il Ticino, l'istanza cantonale menziona lo scopo di frode fiscale, ma indubbiamente questo non è il solo. A stregua dell'art. 17 del decreto legislativo cantonale 26 giugno 1912 e dell'art. 1^o e seg. del decreto esecutivo 31 agosto 1912, nel Ticino l'emissione di cartelle ipotecarie o di rendite fondiarie dev'essere preceduta da una grida con un

termine di contraddizione di tre mesi e dall'accertamento delle contraddizioni. Questa lunga procedura rende poco pratica la costituzione delle cartelle ipotecarie e delle rendite fondiarie, cioè appunto di quelle forme di costituzione di pegni immobiliari le quali, onde soddisfare al loro scopo di facile negoziazione, dovrebbero pur essere costituite facilmente e rapidamente. Altra ragione della preferenza, che, in certi cantoni, il pubblico professa per le ipoteche al portatore, si è che, per esse, non si esige la menzione degli oneri (servitù, oneri fondiari, diritti di pegno ed annotazioni), che gravano l'immobile impegnato, precetto questo che invece vale per la costituzione delle cartelle ipoteche e delle rendite fondiarie (cfr. art. 53 del regolamento federale per il registro fondiario). Comunque, sia per questi, sia per altri motivi, la pratica della erezione di ipoteche a favore di un titolo al portatore ha raggiunto, in certi cantoni, vasta diffusione e costituisce ormai un modo normale ed ordinario di transazione. L'annullamento di tali titoli avrebbe quindi conseguenze economiche gravissime, tanto più che, specialmente nel cantone di Vaud (v. ROSSEL e MENTHA, II^a ed., vol. III, nota 1 alla pagina 123), la clausola di subingresso nei posti vacanti (art. 813 e seg. CCS) è ammessa nella quasi totalità dei contratti di pegno immobiliare.

Per queste considerazioni la Corte ritiene di non poter pronunciare la nullità di siffatti titoli se non nel caso in cui ragioni imprescindibili di diritto non la impongano.

2^o — Due sono le indagini da farsi: anzitutto se, in via di massima, l'ipoteca costituita a favore di un credito al portatore sia conciliabile colle disposizioni del codice civile svizzero. In secondo luogo, se tali transazioni siano ammissibili nella forma speciale adottata nell'atto in questione, che è poi quella comunemente usata nel Cantone Ticino, in sostanza non dissimile dal modulo e dal procedimento impiegati nel Cantone di Vaud.

A favore dell'ammissibilità, in via di massima, l'istanza

cantonale (seguito in ciò l'argomentazione dei commentatori Wieland e Leemann, del Consiglio federale e del Dipartimento federale di Giustizia e Polizia nelle risoluzioni e nei consulti precitati) invoca anzitutto l'art. 824 CCS, secondo il quale « qualsiasi credito presente, futuro od anche solo possibile può essere garantito da ipoteca ». L'argomento è accettabile. La legge riconosce, in modo generico la validità di un' obbligazione assunta a favore del portatore, il quale è legittimato a richiederne l'adempimento (art. 846 CO). E poichè l'art. 824 CCS permette di stipulare, accessoriamente, una garanzia ipotecaria per « qualsiasi » credito, ne segue che, per massima, deve essere riconosciuta valida anche l'ipoteca a favore di un titolo al portatore (e così pure, in genere, a garanzia di titoli carte-valori, di cambiali; cfr. WIELAND, nota 2 all'art. 825 CCS; LEEMANN, oss. all'art. 824 e all'art. 825 2 c N° 11). Che siffatta garanzia ipotecaria non sia vietata dalla legge risulta, oltre che dall'art. 40 lett. c del regolamento federale per il registro fondiario, anche dall'art. 875 CCS che permette espressamente la costituzione di ipoteche a favore di titoli al portatore emessi in serie. A stregua del disposto dell'art. 875 cifra 1 il diritto di pegno vien conferito direttamente a favore del portatore del titolo, come se si trattasse di un titolo unico; il che dimostra che, per principio, il codice civile svizzero non è ostile alla formazione di tali atti. Nè, argomentando e contrario, si dirà che, poichè prevede la costituzione di siffatte ipoteche solo per una ipotesi (cioè per l'emissione in serie di titoli al portatore), la legge intende escluderla per le altre. L'argomento non vale. Dal fatto che la legge disciplina solo una forma speciale di contratto o di rapporto giuridico non segue necessariamente che essa intenda vietare le altre. Invano pure si obietterà che l'art. 17 della legge cantonale 10 luglio 1911 per l'introduzione del registro fondiario dispone che, per ottenere l'iscrizione di un'ipoteca, dev'essere presentato il titolo costitutivo

contenente il nome del creditore. Questo disposto di diritto cantonale non può prevalere sul diritto federale. Indarno pure si cercherebbe conforto per la tesi della non ammissibilità dell'ipoteca al portatore nel disposto dell'art. 793 CCS, secondo il quale tre sole sono le forme consentite per costituire un pegno immobiliare: l'ipoteca, la cartella ipotecaria e la rendita fondiaria. Si concede senz'altro che con questo disposto il legislatore ha inteso escludere ogni altra forma di pegno immobiliare. Ma la questione consiste nel sapere, se l'ipoteca costituita a favore del portatore non sia, nella sua essenza, un'ipoteca, ma costituisca una forma di pegno immobiliare non prevista dalla legge e quindi non lecita.

La risposta non può essere dubbia. Permane anche nell'ipoteca costituita a favore di un obbligo al portatore la caratteristica di quella forma di pegno immobiliare; cioè che, contrariamente a quanto dispone la legge per le cartelle ipotecarie e la rendita fondiaria, il credito garantito da ipoteca non gode fede pubblica a sensi degli art. 865-867 CCS. Secondo il nostro codice, è questo criterio fondamentale e differenziale dell'ipoteca, di modo che non si può dire che le ipoteche erette in favore di un titolo al portatore non siano ipoteche propriamente dette, ma costituiscano una forma di pegno immobiliare non prevista dalla legge e quindi vietata dall'art. 793 CCS.

3° — Esaminata la questione dal punto di vista generale, resta da indagare, se l'ipoteca in discorso sia valida nella forma *speciale* adottata dalle parti nel caso in esame.

a) Si obietta anzitutto che per la costituzione di un'ipoteca sia indispensabile un contratto di pegno, che nella fattispecie non esiste, poichè nel titolo che la costituisce figura solo il nome del debitore (Hürlimann) e non quello del creditore e primo portatore del titolo Antognini, mentre, per la formazione di un contratto, occorrono almeno due persone.

È bensì vero che a mente dell'art. 799 CCS « il contratto di pegno immobiliare richiede per la sua validità l'atto pubblico ». Ma ciò non significa che il contratto di pegno sia indispensabile per la costituzione di un'ipoteca. Il senso del disposto si è che, nei casi ove un contratto è previsto, esso debba rivestire la forma di atto pubblico ; ma dall'art. 799 non è lecito dedurre che la stipulazione di un contratto sia, in ogni caso, indispensabile per la costituzione di un'ipoteca. Il che risulta anche dalla circostanza che l'art. 799 CCS figura sotto le disposizioni generali concernenti il pegno immobiliare (titolo ventesimosecondo, capo primo), che valgono per tutte le speci di pegno immobiliare, dunque anche per le cartelle ipotecarie e per le rendite fondiari, per le quali ultime la legge dichiara espressamente che possono essere costituite direttamente a favore del portatore (art. 859), vale a dire per dichiarazione unilaterale della volontà del debitore. Il che esclude, in tali casi, la necessità della stipulazione di un vero e proprio contratto di pegno.

b) L'altra obbiezione, che invero non fu sollevata dalle parti ma che, nondimeno, giova brevemente esaminare, consiste nel dire, che dev'essere negata al convenuto Antognini la qualità di creditore ipotecario poichè esso è detentore, non dell'originale del titolo, ma solo di una copia. Si afferma, in altri termini, che la qualità di creditore dipendente da un titolo al portatore non possa essere conferita che col possesso dell'originale dell'obbligo, il quale nel caso in esame, sia per volontà delle parti, sia in forza del diritto cantonale (art. 17 della legge ticinese sul registro fondiario 10 luglio 1911 e 69 del relativo regolamento 14 ottobre 1911) è restato, come documento giustificativo, in possesso del registro fondiario. A decidere questa questione non occorre esaminare, se requisito essenziale di un titolo al portatore sia che esso porti la firma autografa del debitore. Di regola, la risposta dovrebbe essere affermativa, poichè un titolo che incorpora il diritto stesso è difficil-

mente concepibile se non nella forma dell'originale, cioè del titolo portante la firma del debitore. Ma questa regola conosce eccezioni ; così, ad es., a riguardo delle banconote, le quali, per concessione di legge, portano solo il facsimile della firma dei rappresentanti della banca di emissione (Banca Nazionale) ; così pure per le obbligazioni emesse in serie, in cui la firma del debitore è comunemente sostituita da una riproduzione meccanica della stessa (art. 14 CO). Nel caso in esame il titolo portante la firma autografa del debitore esiste ed è deposto in luogo sicuro, cioè presso il registro fondiario, il quale ha l'obbligo di custodirlo e dal deposito non acquista alcun titolo di credito. Di modo che l'esistenza del diritto non può essere revocata in dubbio e solo può discutersi, se al creditore Antognini possa essere contestata la legittimazione di farlo valere perchè detentore solo della *copia* del titolo che lo incorpora. Ma poichè, nel caso in esame, l'autenticità della firma del debitore riprodotta nel titolo, che è una copia *unica, ufficiale e autentica* dell'originale, non venne contestata, la discussione può sembrare oziosa. Se, allo scopo di negare al creditore la legittimazione di far valere i diritti incorporati nel titolo in questione, l'autenticità della firma del debitore fosse stata contestata, Antognini avrebbe potuto, con domanda di edizione, chiedere la produzione dell'originale e dimostrare l'infondatezza dell'obiezione. Occorre del resto rilevare che, in certe ipotesi, dottrina e giurisprudenza riconoscono non solo ai duplicati, ma anche alle semplici copie di titoli rivestenti la natura di cartevalori o di obblighi al portatore la virtù di trasferire al detentore della copia la legittimazione di far valere i diritti risultanti dall'originale (cfr. EHRENBERG, diritto commerciale ed. 1917 vol. IV, parte I^a, p. 356 e 374 ; COSACK, diritto commerciale V^a ed. p. 462, schiarimenti sulle polizze di carico, che possono essere emesse anche a favore del portatore : Semaine judiciaire 1895 p. 76 e seg.).