

grundsätzlichen Berechtigung der Bereicherungsklage zu erblicken. Diese Frage ist daher durch Anerkennung des Beklagten nicht präjudiziert. Nun muß aber der ersten Instanz darin beigetreten werden, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten insoweit vorliegt, als durch die von Tobler an die Baulieferanten gemachten Zahlungen sein Vermögen vermehrt worden ist. Da diese Zahlungen auf Grund des mit dem Beklagten abgeschlossenen Darlehensvertrages gemacht wurden, mit der gerichtlichen Aufhebung desselben aber der Grund, warum dieselben geleistet wurden, dahingefallen ist, sind die in Art. 71 D.-R. enthaltenen Voraussetzungen der Bereicherungsklage gegeben, und ist daher der Beklagte zur Rückerstattung der aus diesen Zahlungen ihm erwachsenen Vermögensvorteile verpflichtet. In welchem Umfange der Beklagte durch diese 5006 Fr. 75 Cts. betragenden Zahlungen Toblers bereichert worden sei, ist davon abhängig, welche Verwendung die angefangenen Bauten mit Rücksicht auf die Bauverhältnissverhältnisse und die nachbarrechtlichen Bestimmungen des städtischen Baugesetzes gegenwärtig finden oder finden können. Da die Akten eine Feststellung hierüber nicht enthalten, ist die Sache zur Beweiserhebung bezüglich dieses Punktes und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Expertise nämlich gibt keinen hinlänglichen Anhalt, da sie den Wert der Bauten nicht mit Rücksicht auf diejenige Verwendung taxiert, welche dieselben nach der schon vor der zweiten kantonalen Instanz aufgestellten und nicht etwa als prozessualisch unzulässig zurückgewiesenen Behauptung der Kläger nunmehr finden oder finden können.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird in der Hauptsache als begründet erklärt; das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 14. Mai 1895 wird aufgehoben, und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen in der Meinung, daß dieselbe auf Grund der heutigen Sachlage eine Expertise anzuordnen habe über den Betrag der dem Beklagten Müller auf Kosten der Kläger entstandenen Bereicherung.

156. *Sentenza del 21 dicembre 1895 nella causa Schenker contro Corecco.*

Il Tribunale di Appello del Ticino, con sentenza del 3 ottobre 1895, ha giudicato: « La sentenza 3 luglio 1895 proferita dal lodevole Tribunale distrettuale di Mendrisio, nella causa promossa e vertita fra le parti come sopra, è con » fermata. »

Appellante dai dispositivi 1 e 2 di questo giudizio il signor Oscar Schenker, che con ricorso scritto ha concluso domandando: La nullità della sentenza 3 ottobre 1895 e del libello 28 ottobre 1893.

Delle parti presente alla seduta di quest'oggi solo l'appellante nella persona del suo procuratore, avv. L. Berdez di Losanna, il quale riprendendo le conclusioni formulate in iscritto dal codifensore avv. Franc. Azzi di Lugano, portanti l'annullazione della sentenza 3 luglio 1895 ed il rigetto della domanda dell'attore, domanda eventualmente, che la causa sia rinviata alle istanze cantonali allo scopo di far completare le lacune esistenti negli atti.

Ritenuto in linea di fatto:

Il 3 ottobre 1891 i signori Carlo Corecco a Bodio e Oscar Schenker a Chiasso stipularono un contratto, col quale dichiaravano di costituirsi in società sotto la ragione sociale Oscar Schenker & C^o, agenzia generale di emigrazione a Chiasso. La società doveva cominciare col 1 gennaio 1892 e durare 5 anni, salvo modificazioni da apportarvi dopo un anno di esercizio. La nuova società non doveva avere niente di comune colla ditta Corecco e Brivio di Bodio, tolto che il signor Schenker si sarebbe astenuto di corrispondere direttamente colla compagnia generale transatlantica francese, rappresentata dalla ditta Corecco, e la ditta Corecco & Brivio colla Red Star Line e suoi rappresentanti ad Anversa, di cui Schenker sostiene che avesse la rappresentanza esclusiva per l'Italia. Il contratto portava inoltre, che il socio Corecco si obbligava a fornire la cauzione voluta dalla legge federale

nella somma di fr. 40000; che la direzione degli affari da farsi in Italia sotto la ragione di Oscar Schenker & Cⁱ restava affidata al socio Schenker; che la decisione di eventuali divergenze che potessero sorgere fra i due soci dovesse avvenire a mezzo di arbitri da nominarsi in un'appendice al contratto prima del 1 gennaio 1892; e all'art. 14, «che» quando l'uno o l'altro dei sottoscritti volesse rinunciare al contratto prima della sua entrata in vigore, 1 gennaio 1892, oppure al momento della nomina del Consiglio federale, dovesse versare al suo socio un indennizzo di fr. 5000. » Il contratto così conchiuso dalle parti non venne però mai messo in vigore. Per quali motivi, non risulta chiaramente dagli atti. I soli documenti prodotti in causa, che possono dare qualche ragguaglio in proposito, sono quattro lettere scambiate dalle parti fra di loro: l'una del 2 gennaio 1892, colla quale Schenker comunica a Corecco che si sarebbe recato fra giorni da lui a Biasca per stabilire quel che rimaneva da stabilire e dare principio al contratto; l'altra del 10 gennaio 1892 di Corecco a Schenker, colla quale Corecco rimprovera a Schenker d'avergli tolti alcuni emigranti, a lui indirizzati, e gli fa osservare che se gli avesse dato di nuovo simili dispiaceri, l'avrebbe obbligato a fargli mantenere il contratto, « il quale era abbastanza valevole e conveniente per le parti; » la terza del 2 settembre 1892, nella quale Corecco riferendosi a sua anteriore del 25 agosto 1892 ripete a Schenker la domanda, se poteva o meno contare sulla promessa d'attivazione del contratto, tenendo egli a sua disposizione la somma per far fronte all'obbligo assunto nel contratto di fornire la cauzione, somma che « se non fosse ancora possibile a Schenker di effettuare la nuova ditta, » egli aveva occasione di impiegare altrimenti. Soggiungeva però che non si sarebbe impegnato definitivamente se Schenker credeva che avrebbero potuto riunirsi in società durante l'anno o nell'anno venturo; si dovesse perciò pronunciare come meglio credeva; la quarta lettera (7 settembre 1893) di Schenker a Corecco, in risposta alla precedente, in cui è detto che se Corecco voleva disporre della somma destinata alla cauzione,

egli Schenker non avrebbe fatto ostacolo; bastava che Corecco gli spedisse una dichiarazione formale colla quale dichiarava annullato il contratto e Schenker ci avrebbe messo anche lui la sua firma, ritenendo tuttavia che Corecco « sarebbe sempre stato pronto se per il comune interesse si poteva combinare qualcosa. » Le altre lettere, che furono prodotte, sono antecedenti al 1 gennaio 1892 e si riferiscono in parte alla conclusione del contratto, in parte a misure da prendersi per la sua esecuzione. Qual seguito abbia avuto la lettera Schenker 7 settembre 1892 non risulta, nè è stato spiegato dalle parti. Del pari non risulta se la nuova società prima o dopo il 1 gennaio 1892 sia stata iscritta o meno al libro di commercio. Certo è che il contratto non ebbe mai esecuzione; che una domanda al Consiglio federale in vista di ottenere la patente necessaria per aprire una nuova agenzia di emigrazione non venne inoltrata, e che anche la nomina degli arbitri, prevista all'art. 8 del contratto, non venne eseguita né prima nè dopo il 1 gennaio 1892. In questa situazione di cose il signor Corecco domandava il 28 ottobre 1893 davanti il Tribunale civile di Mendrisio che Schenker fosse obbligato a pagargli la somma di fr. 5000 stabilita nell'art. 14 del contratto quale indennizzo nel caso di rinuncia da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti, osservando che lui aveva da parte sua adempiuto a quanto gli incombeva mettendo a disposizione l'importo voluto per la cauzione, che Schenker invece non aveva ancora inoltrato al Consiglio federale la domanda per ottenere la patente necessaria per costituire la società, come sarebbe stato suo dovere di farlo, e che questa omissione, o non adempimento di obblighi assunti, doveva ritenersi come una tacita rinuncia alla convenzione 3 ottobre 1891. Schenker rispose: il contratto 3 ottobre 1891 essere stato conchiuso ad un'epoca, in cui Schenker aveva la rappresentazione esclusiva per l'Italia della Red Star Line, e Corecco quella della Compagnia generale transatlantica. Scopo del contratto era di permettere ai passeggeri ingaggiati da Corecco di servirsi della Red Star Line, ed a quelli ingaggiati da Schenker di servirsi della

Compagnia transatlantica. L'esecuzione del contratto essere però divenuta impossibile in seguito a complicazioni sopraggiunte poco tempo dopo la sua conclusione, la Compagnia generale transatlantica avendo vietato ai suoi agenti di accettare dei passeggeri proposti dagli agenti della Red Star Line. Di fronte a queste difficoltà le parti essersi trovate d'accordo per riconoscere che il contratto non poteva più essere eseguito. — Colla sentenza più sopra enunciata il Tribunale di Appello del Ticino, confermando il giudizio di prima istanza, ammetteva la domanda dell'attore, fondandosi sugli argomenti seguenti: Il convenuto non ha fornito la prova delle circostanze da lui allegate allo scopo di dimostrare che l'esecuzione del contratto era divenuta impossibile e che le parti erano cadute d'accordo per abbandonarlo. Di conseguenza la causa deve essere giudicata in base ai soli documenti prodotti dalle parti e segnatamente del contratto 3 ottobre 1891, in forza del quale in caso di rinuncia la parte rinunciante deve pagare all'altra una somma di fr. 5000. Questa clausola trova la sua applicazione di pieno diritto, tostochè sia dimostrato che una delle parti contraenti è venuta meno all'adempimento degli obblighi da lei assunti, senza che vi sia bisogno di una preliminare diffidazione da parte del creditore. Nel caso concreto era obbligo di Schenker di domandare al Consiglio federale la patente necessaria per aprire la nuova agenzia d'emigrazione. Questa domanda avrebbe dovuto essere fatta prima del 1 gennaio 1892, epoca in cui doveva entrare in vigore il contratto. Ora Schenker non avendo adempito a questo suo obbligo, l'inadempimento da parte sua non può essere interpretato altrimenti che quale una rinuncia tacita al contratto, rinuncia che secondo l'art. 14 deve avere per conseguenza il pagamento della somma stipulata a questo scopo.

In diritto :

1. Il modo con cui è stato introdotto l'appello non è regolare. Trattandosi di una causa il cui valore litigioso supera i fr. 4000, la dichiarazione di ricorso avrebbe dovuto indicare solamente in quale misura il giudizio d'appello era que-

relato e su quali punti se ne domandava la riforma. L'aggiungervi una motivazione in iscritto, come ha fatto il ricorrente, era fuori di luogo e costituisce un procedere abusivo. Tuttavia questo difetto di forma non può avere per conseguenza la nullità dell'appello, le conclusioni di cui all'art. 67, al. 2, della legge organica essendo state chiaramente formulate, ma ha solo per risultato di far ritenere la motivazione abusiva come un atto estraneo alla causa, di cui il Tribunale federale non deve tener conto nel formare il proprio giudizio.

2° Nel merito la domanda dell'attore è fondata sull'art. 14 del contratto 3 ottobre 1891, che statuisce per il caso che l'una o l'altra delle parti dovesse rinunciare al contratto prima della sua entrata in vigore (1 gennaio 1892), o prima di avere ottenuto la patente da parte del Consiglio federale, l'obbligo nel rinunciante di corrispondere al proprio socio un indennizzo di fr. 5000. Si tratta di vedere se le premesse dell'art. 14 esistono nel caso presente. Il Tribunale cantonale l'ha ammesso, e nell'ammetterlo ha stabilito in linea di fatto: *a)* che il convenuto non aveva fornito la prova dell'eccezione da lui sollevata che il contratto fosse stato abbandonato più tardi dalle parti; *b)* che secondo l'intenzione dei contraenti toccava al convenuto, al quale restava affidata la direzione della nuova società, di fare il necessario per ottenere la patente del Consiglio federale. Ora, siccome queste dichiarazioni dell'istanza cantonale si riferiscono la prima ad una questione di procedura, la seconda ad una constatazione di fatto riguardante l'intenzione delle parti all'epoca in cui fu concluso il contratto, secondo pratica costante devono far stato per questa sede di giudizio. Perciò che riguarda l'eccezione del convenuto, si trovano bensì degli indizi negli atti, che farebbero supporre come l'attore sia stato persuaso egli pure dell'impossibilità che esisteva pel momento di dare esecuzione al contratto, motivo pel quale egli stesso sembra di non avervi insistito. Tale specialmente la lettera del 25 agosto 1892, nella quale l'attore domanda al convenuto, se poteva contare sull'attivazione del contratto durante l'annata, avendo egli occasione di impiegare in altro modo la cauzione

a cui si era obbligato, se non fosse ancora possibile al convenuto di effettuare la nuova ditta. Anche la risposta a questa lettera e la corrispondenza scambiata fra le parti prima del 1 gennaio 1892 non sono certo contrarie a ciò che pretende il convenuto, che cioè l'attivazione del contratto sia stata rimandata per comune accordo delle parti. Una prova in questo senso non è però stata fornita, per cui la dichiarazione dell'istanza cantonale, non potendosi dire in contraddizione col contenuto degli atti, a termini dell'art. 81 della legge organica è vincolante per il Tribunale federale. Dal fatto che il convenuto non ha adempito ai doveri che gli incombevano di fronte al proprio socio, non ne consegue però l'obbligo da parte sua di pagare l'indennizzo stabilito all'art. 14. L'art. 14 non contiene una clausola penale pel caso d'inadempimento, ma prevede solo un diritto di rinuncia a favore delle parti fino al momento in cui la nuova società dovrebbe essere attivata, mediante pagamento all'altro contraente di una data somma di danaro. Questo articolo non è perciò un disposto a sensi dell'art. 179, ma dell'art. 178, alinea 3, del C. O. Perchè esso sia applicato, non basta la prova che il convenuto non abbia adempito da parte sua a quanto il contratto prescrive, ma è necessario di provare, che in ciò fare egli abbia inteso di recedere dalla convenzione stipulata, rinunciando all'attivazione della nuova società. La dichiarazione di rinuncia può bensì risultare anche solo dalle circostanze, come per es. dal fatto che l'una delle parti non abbia adempito a quanto il contratto stabilisce, senza che vi sia bisogno di una dichiarazione espressa o in iscritto. Il semplice inadempimento di un obbligo inerente ad uno dei contraenti, non costituisce però una simile prova, qualora non risulti che l'intenzione di quest'ultimo nel non adempire agli obblighi assunti, sia stata quella di recedere dal contratto. Ora nel caso concreto la questione se il convenuto abbia manifestato o meno una simile intenzione, non può essere dubbia. Dalle lettere del convenuto prima e dopo il 1 gennaio 1892 risulta chiaramente il contrario. In tutte queste lettere il convenuto esprime in modo evidente la sua

intenzione di attivare il più presto possibile la nuova società. In quelle anteriori al 1 gennaio 1892 egli accenna bensì a certe difficoltà che potrebbero frapporsi alla realizzazione del contratto, sempre però nel proposito di concertarsi sulle misure opportune onde evitare gli ostacoli e dare esecuzione al contratto col 1 gennaio 1892. Anche la lettera del 7 settembre 1892 non costituisce una dichiarazione di rinuncia nè tacita, nè espressa. In essa il convenuto non fa che dichiarare che se l'attore intende di disporre altrimenti della somma destinata alla cauzione, egli non vi fa opposizione e che è disposto ad annullare il contratto, se l'attore lo desidera. Non dichiara però, nè lascia travedere da parte sua l'intenzione di recedere dal contratto, anzi esprime ancora la sua fiducia che in caso di annullazione l'attore sarà sempre pronto a conchiuderne un nuovo, qualora si lasciasse combinare nel comune interesse. Nell'ammettere quindi che il contegno del convenuto equivale ad un recesso tacito dal contratto concluso, il Tribunale di Appello ha commesso un errore di diritto. Esso attribuisce inoltre al convenuto un'intenzione che non solo non è fondata negli atti di causa, ma che le risultanze del processo escludono anzi in modo abbastanza evidente. La pena di recesso stabilita all'art. 14 non è perciò applicabile e la domanda dell'attore, essendo fondata esclusivamente su questo articolo, deve di conseguenza essere respinta.

Per questi motivi,

Il Tribunale federale pronuncia :

Il ricorso è ammesso e la sentenza del Tribunale di appello del Ticino, 3 ottobre 1895, annullata.