

146. *Sentenza dell' 11 novembre 1892 nella causa della Banca cantonale ticinese contro il Cantone Ticino.*

A. Nel Cantone Ticino fu istituita nel 1858 sotto il nome di Banca cantonale ticinese una società per azioni, i cui statuti, approvati dal Gran Consiglio nella sua tornata del 3 dicembre 1858, contengono fra le altre le disposizioni seguenti: « Art. 3. La società si riterrà costituita dal giorno in cui » saranno approvati gli statuti dal Gran Consiglio, e terminerà col 31 dicembre 1890. » Lo Stato concorre alla formazione del capitale della Banca con un numero di 1000 azioni di fr. 200 ciascuna. (Art. 6.) La Banca s'incarica per conto dello Stato, dei pubblici stabilimenti, del commercio e dei particolari, dell' incasso degli effetti e dei conti riconosciuti che le saranno rimessi a questo scopo (art. 13, lett. b); essa riceve in conto corrente le somme che le saranno versate, e fa pagamenti sino a concorrenza del loro ammontare (lett. c); apre sotto certe garanzie dei crediti in conto corrente (lett. e); emette, sotto il controllo dello Stato, dei biglietti di banca che devono essere accettati in pagamento al loro valore nominale in tutte le casse dello Stato (lett. c). L'art. 20, in applicazione dell' art. 13, lett. b, prescrive: « Se lo Stato, i pubblici » stabilimenti, il commercio ed i privati, vorranno incaricare » la Banca delle loro operazioni di cassa, ciò potrà farsi mediante una convenzione scritta, che ne regolerà le speciali » condizioni. » In base all' art. 28 la Banca può anche entrare in conto corrente collo Stato e con altre banche svizzere od estere; la Direzione dovrà però riferirne previamente al consiglio di Amministrazione, che delibererà per la fissazione dei crediti reciproci. Gli articoli 44 a 47 stabiliscono che la Banca abbia ad assumere la cassa di risparmio e con esso il debito dello Stato verso la medesima, obbligandosi il Cantone in compenso a pagarle all' atto fr. 300 000 in contanti, ed a rilasciarle per il debito residuo un corrispondente numero di obbligazioni coll' interesse del 2 $\frac{1}{4}$ % per semestre, da estin-

guersi secondo un piano determinato. Nel caso di straordinarie domande di rimborso durante i primi cinque anni dalla fondazione della Banca, lo Stato dovrà intervenire in suo aiuto sino alla concorrenza di fr. 500 mila. A norma dell' art. 64 la Banca dà conto ogni semestre agli azionisti ed al Consiglio di Stato, e secondo l' art. 79 il Consiglio di Stato nomina un suo rappresentante come membro del Consiglio di Amministrazione. L' art. 103 accorda alla Banca il privilegio esclusivo per tutta la durata della società, e l' art. 104 pone la Banca sotto la sorveglianza del Consiglio di Stato. L' art. 108 prescrive: « Le vertenze che insorgessero fra il Governo o altre autorità » cantonali e la Banca, in quanto possono riferirsi al diritto » privato, saranno rimesse alla decisione di tre arbitri, di » cui uno nominato da ciascuna delle parti ed il terzo » dai due primi. Se questi non si accordano, il terzo sarà » nominato dal Tribunale supremo. » L' art. 100 dichiara la Banca esente da ogni imposta. L' art. 110 richiede per la modificazione degli art. 1-7, 10 al. 1, 12, 13, 14, 27, 39, 44, 46, 47, 61, lett. a, 62, 64, 65, 66, 68, 75 lett. b, 80, 96, 98, 103-107 e 110 il concorso del potere legislativo. Da ultimo l' art. 114 dispone, che dopo la sanzione legislativa degli statuti, gli azionisti debbano essere riconvocati dalla Commissione della società della Cassa di risparmio per dichiararsi definitivamente costituiti in società e passare alle nomine ed operazioni di competenza dell' assemblea generale. — Il 4 gennaio 1859 questi statuti vennero accettati dall' assemblea generale degli azionisti, e l' 8 gennaio 1859 il Gran Consiglio decretava: che — visto che a sensi dell' art. 113 degli statuti, diverse disposizioni nei medesimi contenute avevano il carattere di legge — gli statuti dovessero essere stampati, pubblicati, affissi ai luoghi soliti ed eseguiti.

B. Nel 1890 essendo venute alla luce le frodi commesse a danno dell' erario del Cantone dal Cassiere cantonale Luigi Scazziga, sorsero fra lo Stato e la Banca delle divergenze di conti, in seguito alle quali lo Stato iniziava sotto la data del 1 agosto 1890 un' azione provocatoria contro la Banca cantonale ticinese davanti al Tribunale del distretto di Bellinzona.

La Banca fece allora valere le sue pretese, ed inoltrò in data del 15 gennaio 1891 una esposizione di causa al Tribunale federale, chiedendo, « che lo Stato convenuto venisse obbligato a pagare all'istante la somma di fr. 734 870, oltre al » l'interesse del 4 $\frac{1}{2}$ % dal 12 al 20 aprile 1890, e del 6 % da » questo giorno in avanti. » Il credito suddetto veniva fatto dipendere da un contratto di conto corrente conchiuso in iscritto fra l'istante ed il convenuto nell'anno 1878, e veniva fondato essenzialmente sulle operazioni seguenti :

- a) Mandati governativi conteggiati a favore della Banca ;
- b) Pagamenti fatti alla cassa cantonale ;
- c) « fatti agli ufficiali pagatori ;
- d) « fatti a terzi per crediti verso lo Stato ;
- e) Interessi, provvisioni e porti.

Subordinatamente, vale a dire per il caso che non venisse ritenuto il contratto di conto corrente, la Banca attrice sostenne :

1° Che circa al contratto di conto corrente da lei sostenuto essa sia stata in errore essenziale, e domanda perciò che le venga retrocesso quanto ebbe a prestare, riducendo tuttavia in tal caso il suo credito a fr. 676 925 ;

2° Che vi sia indebito arricchimento da parte dello Stato ;

3° Che in parte, vale a dire per i pagamenti fatti agli ufficiali pagatori ed ai terzi, siano da applicarsi le norme della *negotiorum gestio*.

C. La competenza del Tribunale federale di fronte all'art. 108 degli statuti viene motivata dall'attrice colle argomentazioni seguenti :

1° Il dispositivo dell'art. 108 degli statuti essere nullo già dal suo principio. Il patto compromissorio essere stato conchiuso sotto il regime della procedura civ. del 2/16 giugno 1843 ancora vigente, la quale all'art. 545 stabilisce, che il compromesso debba contenere il nome degli arbitri e l'oggetto di controversia, altrimenti sia nullo. Ora l'art. 108 degli statuti non essere evidentemente conforme a questo dispositivo di legge. Tutto al più doversi ritenere l'art. suddetto come un *pactum de contrahendo* (*compromittendo*), il quale però se-

condo il diritto ticinese non potrebbe dar luogo ad azione, in quantoche l'art. 545 fa susseguire di nullità la non osservanza dei suoi requisiti. L'approvazione degli statuti da parte del Gran Consiglio non aver potuto avere per effetto di derogare all'art. 545 della procedura civile, non avendolo il Gran Consiglio nè voluto, nè potuto fare senza violare l'art. 4 della Costituzione federale.

2° Il compromesso essere nullo in ogni caso dal 1875 in poi. La Costituzione federale del 29 maggio 1874 e la legge sull'organizzazione giudiziaria federale del 27 giugno 1874 avere avuto per conseguenza, che le questioni di diritto civile fra Cantoni da una parte e corporazioni o privati dall'altra debbano, a richiesta dell'una delle parti, essere decise dal Tribunale federale, qualora l'oggetto di controversia raggiunga i fr. 3000. Ora, avendo gli statuti della Banca carattere o almeno forza di legge, l'art. 108 degli statuti, afferma l'attrice, sta in contraddizione colla Costituzione federale e colla legge sulla organizzazione giudiziaria, e secondo gli art. 2 e 3 delle disposizioni transitorie della Costituzione federale, deve ritenersi perciò come fuori di valore.

3° Eventualmente il dispositivo dell'art. 108 degli statuti non essere applicabile alla presente questione. Dagli statuti essere stati creati fra lo Stato e la Banca diversi rapporti di diritto privato ; così per esempio agli art. 6, 7, 8, 18, 44, 79, 103, 104, 111. Questi rapporti, creati dagli stessi statuti, non potere essere ceduti a terzi. Se a riguardo di essi sorgesse lite, la decisione dovrebbe, a detta della Banca, venire deferita ad arbitri. Ma l'art. 28 degli statuti dispone solo, che la Banca possa entrare in rapporti di conto-corrente collo Stato e con altre banche. Se esiste dunque un simile rapporto, esso non venne creato dagli statuti, ma è solo una relazione esistente fra lo Stato e la Banca, come quella che può sussistere fra due persone private qualunque. I crediti che ne dipendono, potrebbero essere ceduti, ed allora la clausola compromissoria perderebbe senz'altro ogni suo valore.

L'opinione che l'art. 108 degli statuti non sia applicabile alla lite presente, essere confermata anche dal fatto, che la

procedura civile ticinese segue i principi del diritto francese ed in genere del diritto romano, il quale anzichè favorire i giudizi arbitrari, li limita il maggiormente possibile. Del resto l'art. 108 degli statuti non potrebbe trovare applicazione in concreto neppure secondo il diritto germanico (§§ 851 e seg. della procedura civ. tedesca) essendo il rapporto giuridico, su cui è fondata l'azione, sorto solo dopo. Anche in diritto italiano la clausola compromissoria non essere applicabile che in merito a controversie riferentisi all'interpretazione od all'esecuzione di un contratto determinato. Nessun giudice tedesco, francese o italiano potrebbe dunque, secondo l'attrice, riconoscere l'applicabilità dell'art. 108 degli statuti al caso concreto.

D. Lo Stato convenuto, riferendosi all'art. 108 degli statuti, contesta nella sua risposta la competenza del Tribunale federale e, in tesi subordinata, combatte da diversi punti di vista, che qui non è necessario di indicare, la pretesa sollevata dalla Banca. Esso conchiude perciò domandando in linea preliminare: che il Tribunale federale abbia a dichiararsi incompetente ad occuparsi del petitorio inoltratogli. Subordinatamente:

1° Che la domanda della Banca sia dichiarata infondata;

2° Che l'attrice sia obbligata a prestarsi alla liquidazione dei depositi presso di lei eseguiti dallo Stato del Cantone Ticino, ed al pagamento allo Stato suddetto della somma capitale che dalla liquidazione risulterà a suo favore, coi relativi interessi semestrali del $3 \frac{1}{2} \%$.

Sulla quistione di competenza il convenuto si esprime in sostanza come segue:

1° Che l'art. 54 della procedura civ. tic. sancisce il diritto a chiunque abbia la libera amministrazione dei propri beni, di compromettere ad uno o più arbitri le liti che sono o possono essere promosse. Che l'art. 545 descrive la forma ed i caratteri dell'atto compromissorio e si limita a regolarizzare il compromesso in rapporto a contestazioni già insorte. Così essere sempre stato interpretato l'art. 544 da una giurisprudenza uniforme. L'obiezione della Banca desunta dal fatto

che mancano alla convenzione compromissoria dell'art. 108 degli statuti i caratteri dell'art. 545 della procedura civile non essere quindi attendibile, poichè l'art. 545 suddetto non contempla che le quistioni che potessero scoppiare successivamente. Che d'altra parte l'art. 108 non è un puro *pactum de contrahendo*, specie di obbligazione di cui non è cenno nella legislazione ticinese, bensì una formale e perfetta convenzione, alla quale sono applicabili le regole generali degli art. 540 e relativi del codice civ. ticinese.

2° Che la Costituzione federale non ha nessuna relazione col caso concreto, l'art. 108 degli statuti non costituendo una legge, ma una convenzione, e l'art. 110 della Costituzione federale non avendo avuto in nessun modo per iscopo di interdire alle parti di deferire la decisione di contestazioni fra loro insorgibili ad un giudizio arbitrale, anche quando l'una delle parti in lite sia un Cantone.

3° Che altrettanto infondata è l'asserzione della Banca, che l'art. 100 degli statuti non sia eventualmente applicabile alla quistione presente. La cessibilità delle pretese della Banca non avere nessuna importanza. Secondo l'art. 108 ogni quistione insorgibile tra la Banca e lo Stato, purchè di diritto privato, dover essere portata davanti ad arbitri. Gli estremi voluti esistere dunque in concreto. Ammesso però anche che l'art. 108 debba essere riferito solo a contestazioni defluenti dal contratto medesimo, esso sarebbe egualmente applicabile. Di fatti i rapporti di conto corrente non essere un fatto accidentale, ma dipendenti dagli statuti, vale a dire creati in esecuzione di speciale contrattazione prevista dagli art. 20 e 28 degli statuti. L'obbligazione compromissoria aver avuto di mira appunto i rapporti nascenti da eventuale conto corrente, essendo gli art. 7, 8, 13 e seg. adottati dall'attrice, qualcosa di assoluto, di acquisito colla fondazione della Banca medesima. Che del resto la Banca appoggia essa stessa il suo credito a pretesi versamenti fatti allo Stato in dipendenza di conto corrente sorto e pattuito in conformità degli art. 20 e 28 degli statuti. Essere inesatto che la procedura ticinese sia calcata sulla francese e questa sul diritto romano e che veda

di mal occhio i contratti compromissori. L'art. 544 della procedura civile sancisce anzi nel modo più solenne e generale il diritto di libera scelta d'un giudizio arbitramentale per qualunque contestazione insorta od insorgibile. La legislazione ticinese avere dunque una tendenza marcata di favorire il compromesso; talmente che i decreti legislativi del 13 giugno 1853 e 14 giugno 1854, e la legge organica comunale (art. 201 e 202) impongono il giudizio arbitrale per le quistioni insorgibili di diritto comunale, patriziale ed agrario. Il codice di procedura francese non ammettere il compromesso per quistioni future; ciò nonostante essere lo stesso riconosciuto da quasi tutti gli scrittori ed anche in parecchie sentenze. A fortiori dunque, conchiude il convenuto, una tale stipulazione deve essere lecita e valida nel Cantone Ticino. L'opinione contraria essere confutata anche giornalmente dalla pratica. La clausola compromissoria è così valida, soggiunge il convenuto, che tutte le compagnie d'assicurazione l'inseriscono nelle loro polizze, nonchè il Cantone Ticino in quasi tutti i suoi contratti d'appalto. Anche l'Assemblea federale aver obbligato il Cantone Ticino, in una quistione contro l'Unione delle strade ferrate svizzere, con suo decreto del 18 gennaio 1872 a stare in lite davanti ad un tribunale arbitramentale stato preveduto contingentemente dall'atto di concessione. Il Tribunale federale doversi dichiarare tanto più incompetente, in quanto si tratta di interpretare dei dispositivi di procedura civile cantonale, materia che forma ancora uno degli attributi esclusivi riservati all'autonomia dei Cantoni.

E. Replicando la Banca attrice insiste nel dire che l'art. 108 degli statuti abbia carattere legislativo e non convenzionale, ed osserva che nell'edizione degli statuti, pubblicati dalla Banca, esso è menzionato in un cogli altri nell'art. 103. Essere vero bensì che nella pubblicazione fatta nel Bollettino ufficiale detto articolo fu ommesso. Ciò essere avvenuto però solo per errore, avendo il Gran Consiglio accettato senza discussione il progetto di statuti presentatogli, in cui l'attuale art. 108 (allora 106) era annoverato esso pure nell'art. 111.

d'allora, attualmente 113. Ora l'errore suddetto, essendo imputabile allo Stato solo, non poter essere invocato da quest'ultimo a suo favore. Essere provato dunque che l'intenzione del Gran Consiglio era quella di creare un foro eccezionale. — La tesi svolta nell'allegato di esposizione circa gli art. 544 e 545 della proc. civ. tic. viene essa pure mantenuta. In tutta la giurisprudenza ticinese, afferma l'attrice, non esiste un solo caso, in cui sia stata dichiarata la validità di una clausola compromissoria così enorme. I capitoli di concessioni ferroviarie, in ispecie quello conchiuso tra il Cantone Ticino e la Banca di credito di San Gallo, non provano nulla. Chè in essi il compromesso è circoscritto alle vertenze che potevano insorgere in dipendenza dell'atto di concessione, oltre che i detti capitoli avevano precisamente lo scopo di sottrarre al giudice ticinese le dette vertenze, e di deferire al Tribunale federale tutte le questioni riguardanti il compromesso. Nell'art. 108 degli statuti l'oggetto del contratto essere invece assolutamente indeterminato. Detta convenzione non essere valida neppure per il disposto dell'art. 533 del codice civile ticinese del 1837, che esige per la validità di una convenzione che essa abbia per oggetto una cosa determinata. Inesatto poi il dire, che il conto corrente sia un rapporto creato fra lo Stato e la Banca in relazione agli statuti. La facoltà prevista all'art. 28 non aver nulla a che fare coi diritti ed obblighi vicendevoli creati fra lo Stato e la Banca in dipendenza degli statuti. La Banca poteva rifiutarsi di entrare in conto corrente collo Stato e lo Stato non avrebbe potuto costringerla. Che nel caso presente si tratti dell'interpretazione e dell'applicazione di diritto cantonale, non costituire naturalmente un titolo di incompetenza per il Tribunale federale. Ciò che il convenuto sostiene in proposito, non essere applicabile per le cause come la presente.

F. Sulla quistione di competenza il convenuto nella sua duplice non fa che confermarsi in quanto ebbe ad esporre nel suo allegato di risposta.

G. Nei dibattimenti di quest'oggi le parti mantengono le loro conclusioni per la competenza e viceversa per l'incompe-

tenza del Tribunale federale. L'avvocato dell' attrice dichiara però di abbandonare il proprio argomento circa la pretesa contraddizione dell' obbligazione compromissoria coll' art. 110, n° 4, della Costituzione federale e coll' art. 27 della legge sull' organizzazione giudiz. fed. e di riconoscere che l'art. 108 degli statuti abbia un carattere puramente privato.

Il Tribunale federale prende in considerazione :

1° Secondo gli art. 110, n° 4, della Costituzione federale e 27, n° 4, della legge sull' organizzazione giudiziaria federale, le cause di diritto civile fra Cantoni da una parte e corporazioni o privati dall' altra, il cui oggetto litigioso raggiunge il valore di fr. 3000, vengono giudicate, se l'una o l'altra delle parti lo domanda, dal Tribunale federale. Su questi dispositivi di legge l'attrice ha fondato la competenza del Tribunale federale, e siccome gli estremi relativi ricorrono incontestabilmente nel caso concreto, va da sè, che qualora il convenuto intenda negare all' attrice il diritto di adire il Tribunale federale, tocchi a lui di provare l'esistenza di un fatto che abbia per conseguenza di privare l'attrice di questo suo diritto. Un fatto simile può essere una convenzione implicante una prorogazione di foro, ovvero un compromesso. Certo è però che nessun dispositivo di legge cantonale può derogare alle disposizioni della Costituzione o delle leggi federali, e che qualora un simile dispositivo fosse in contraddizione colle competenze del Tribunale federale sancite nella costituzione e nella legge d'organizzazione giudiziaria federale, sarebbe abrogato in virtù degli art. 2 e 3 delle disposizioni transitorie della Costituzione federale. A questa regola non fanno eccezione neppure le prescrizioni delle leggi cantonali riferentisi alla soluzione di certe controversie a mezzo di giudizi arbitrari. Ne consegue perciò che qualora l'art. 108 degli statuti della Banca, dal quale il convenuto fa derivare la sua eccezione, dovesse ritenersi come un dispositivo di legge, l'eccezione suddetta dovrebbe venire senz' altro respinta. L'articolo 108 degli statuti però non ha valore legislativo, ma come lo riconobbe nei dibattimenti l'attrice stessa, solo un carattere convenzionale. L'attrice non è che una società anonima, ed i

suoi statuti non poterono cambiare di carattere ed acquistare valore di legge nè per la loro approvazione da parte del Gran Consiglio, nè per la loro pubblicazione nella raccolta ufficiale. Detti statuti non hanno il valore di dispositivi di legge, che in quanto vennero dichiarati esplicitamente come tali dal legislatore stesso. Ora, ciò può essere il caso bensì delle disposizioni menzionate all' art. 113 degli statuti ; ma l'art. 108 non si trova compreso fra esse e quanto all' asserzione dell' attrice, che detta ommissione sia avvenuta solo in conseguenza di svista od errore, nessuna prova fu fornita od offerta anche solo dall' attrice, a sostegno di quanto essa adduce in proposito.

2° Eliminata così la pretesa contraddizione esistente fra costituzione e legge federale da una parte, e l'art. 108 degli statuti della Banca dall'altra, e dimostrato che l'art. 108 ha il carattere di un semplice contratto, rimane a vedere, se è fondata l'eccezione di compromesso sollevata dal convenuto contro il giudizio del Tribunale federale, vale a dire se l'art. 108 degli statuti contiene un compromesso, in forza del quale il convenuto sia in diritto di opporsi a che la quistione venga giudicata dal Tribunale federale. Che gli art. 110, n° 4, della Costituzione federale e 27, n° 4, della legge sull' organizzazione giud. non impediscano di sottoporre al giudizio di arbitri delle controversie, che secondo le dette disposizioni possono essere portate davanti al Tribunale federale, venne sempre riconosciuto da quest'ultimo, e neppure l'attrice lo contesta. Anche nell'ammettere che la quistione, se l'art. 108 degli statuti contenga un compromesso valido o meno, debba essere risolta dietro il diritto ticinese, in ispecie dietro gli art. 544 e 545 della procedura civile, le parti sono d'accordo fra loro. Il fatto che il compromesso è regolato dal diritto cantonale non esclude tuttavia che in quei casi, in cui le controversie sottoposte a giudizio arbitrale sarebbero di competenza del Tribunale federale, questi abbia anche da decidere in caso di quistione, se e fin dove esista un compromesso valevole, o nel nostro caso, quale sia il significato e l'estensione degli art. 544 e 545 della proc. civ. tic., invocati da

ambedue le parti. La tesi contraria, sostenuta dallo Stato convenuto, consistente nel dire che il Tribunale federale non sia in diritto di farlo, trattandosi di una quistione di procedura cantonale, materia riservata alla legislazione dei Cantoni, non è evidentemente attendibile. Interpretando delle disposizioni di procedura cantonale e fissando il loro significato, il Tribunale federale non lede in nessun modo i poteri legislativi dei Cantoni; anzi sarebbe addirittura impossibile al Tribunale federale di adempiere alle proprie funzioni in quei casi, nei quali è chiamato a decidere come unica istanza, qualora non gli fosse permesso di interpretare tutti quei dispositivi di legge, che hanno relazione col caso in questione, sia che gli stessi appartengano al diritto cantonale o federale. La regola che l'interpretazione e l'applicazione di leggi cantonali non entri negli attributi del Tribunale federale, si riferisce solo a quei casi, in cui il Tribunale federale giudica come istanza di appello (art. 29 della legge sull'organizzazione giud.), oppure come corte di diritto pubblico (art. 59 della legge sudd.), ed ha il suo fondamento in disposizioni positive di legge, secondo le quali il Tribunale federale ha solo da decidere se una data sentenza violi una norma di diritto federale, o stia in contraddizione colle costituzioni federale o cantonali, o coi trattati o concordati conclusi coll'estero o tra Cantone e Cantone. È bensì vero che il Tribunale federale nell'interpretare disposizioni di leggi cantonali, quantunque abbia la stessa libertà ed indipendenza di un giudice cantonale, pure si asterrà dal derogare senza motivi seri dall'interpretazione che le disposizioni suddette hanno trovato nella pratica costante dei Tribunali del Cantone. Nel caso concreto però l'attrice ha negato, che gli art. 544 e 545 della proc. civ. tic. siano stati applicati una sola volta dai Tribunali ticinesi nel senso preteso dallo Stato convenuto, e da parte sua quest'ultimo non è stato in grado di introdurre una sola sentenza di un Tribunale ticinese. Tutto quello che il convenuto ha invocato sotto questo rapporto è un decreto dell'Assemblea federale in data dell'8 febbrajo 1872. Ma questo decreto, oltre che esso pure non è stato prodotto dal convenuto, e

che emana non da un' autorità giudiziaria, ma da un potere politico, non si occupa punto del tenore e dell'estensione degli art. 544 e 545 della proc. civ. tic., come risulta dal rapporto della Commissione preparatoria contenuto nel vol. I, pag. 757, dell'annata 1872 del F. F., di modo che esso non pregiudica in nessun modo la quistione di cui si tratta nel caso presente.

3° Gli art. 544 e 545 della proc. civ. tic., sui quali si fondano ambedue le parti, sono del seguente tenore:

« ART. 544. Chi ha la libera amministrazione dei propri beni può compromettere ad uno o più arbitri le liti che sono o possono essere promosse.

» § 1. Il compromesso è obbligatorio anche per gli eredi dei compromettenti. »

E l'art. 545: « Il compromesso si fa per atto pubblico, e privato, e deve contenere, sotto pena di nullità, l'indicazione del luogo, mese ed anno, il nome, cognome e patria dei compromittenti, dell'arbitro e degli arbitri, e gli oggetti di controversia che si sottomettono alla decisione dei medesimi. »

Ora non è contestato dalle parti, che qualora gli art. 544 e 545 della proc. civ. tic. si riferiscano allo stesso caso e regolino il compromesso in genere, non si possa ravvisare nell'art. 108 degli statuti della Banca un compromesso valevole, già per il motivo, che manca in esso la designazione degli arbitri. Il convenuto nega però la premessa suddetta e sostiene, che nel mentre l'art. 544 della proced. civ. tic. sancisce il diritto il più illimitato di deferire alla decisione di arbitri le controversie insorte o insorgibili, l'art. 545 ha invece di mira solo le contese già insorte. In appoggio di questa sua opinione egli volle evidentemente asserire, che nel caso di controversie future, sulle quali secondo l'art. 544 è pure ammissibile un compromesso, è impossibile di indicare già avanti sia l'oggetto litigioso, che il nome degli arbitri. E difatti si deve concedere, che qualora l'art. 544 della proc. civ. dovesse interpretarsi nel senso, che sia lecito di concludere un compromesso sopra ogni e qualsiasi controversia che possa

nascere in seguito di tempo fra due date persone in dipendenza da un oggetto qualsiasi, non sarebbe realmente possibile di soddisfare ai requisiti dell' art. 545. Ma quest' ultima opinione, che sta in contraddizione, oltre che colla teoria e colla pratica, con tutte le legislazioni conosciute, anche con quelle che favoriscono maggiormente i giudizi arbitrali, è senza dubbio infondata (vedi anche *Pisanelli* — Relazione sul cod. civ. art. 1117 — e *Mattirolo*, Trattato di diritto giudiziario civile italiano, III, ed., vol. I, n° 644). Perchè un compromesso sia valido, deve essere designato almeno il rapporto giuridico, dal quale debbano nascere le future controversie, e in tal caso non vi è più ostacolo all' adempimento dei requisiti contenuti nell' art. 545 della proced. civ. (così anche Dernburg, *Preussisches Privatrecht*, vol. I, pag. 340). Solo quei rapporti giuridici, che fossero stati conchiusi per un periodo di tempo eccezionalmente lungo, potrebbero ancora offrire quanto alla designazione degli arbitri, e malgrado lo spediente concesso dall' art. 560 della proc. civ. tic., qualche difficoltà; ciò non basta tuttavia per far ritenere fondata l'eccezione del convenuto, tanto più se si riflette che la procedura civile ticinese non contiene nessun dispositivo speciale sulla forma e sul tenore dei compromessi riferentisi a vertenze future, nel mentre da quanto può essere arguito dal tenore dell' art. 545, non è stato certo l'intenzione del legislatore di non prescrivere a loro riguardo nessuna formalità e di ammettere così un compromesso anche solo tacito od orale. Da un esame imparziale delle due disposizioni di legge si riceve piuttosto l'impressione che l'art. 544 descriva i criteri oggettivi e soggettivi del compromesso, e l'art. 545 ne regoli la forma ed il contenuto. Questo è anche quanto risulta da un confronto cogli art. 1003-1006 del codice di procedura francese, col quale gli articoli in questione della procedura civile ticinese concordano pienamente, sia riguardo al loro ordine che al loro tenore. In ambedue le legislazioni — art. 1003 della francese e 544 della ticinese — sono menzionati anzi tutto i diritti che possono in genere formare oggetto di compromesso, poi gli articoli seguenti stabiliscono le formalità che devono essere

osservate in proposito. Che la procedura francese non si contenti di prescrivere in modo generico, come quella del Ticino, che debbano essere diritti, dei quali si abbia la libera amministrazione (anche l'art. 544 della proc. tic. deve essere interpretato in questo senso), ma indica nel suo art. 1004 anche altri singoli casi, in cui il compromesso non possa aver luogo, è senza importanza. Una differenza fra le due legislazioni non esiste neppure, come ebbe a sostenere il convenuto, nel fatto, che l'art. 544 della proc. civ. tic. ammette la possibilità di un compromesso anche riguardo a quistioni non ancora promosse, risp. non sorte. Chè anche in diritto francese il compromesso sopra quistioni future derivanti da un rapporto giuridico determinato è ammesso (vedi Sirey alla nota 9 sull'art. 1006 et alla nota 39 sull' art. 1003). Dal che risulta, che le due legislazioni hanno una base affatto comune, che perciò anche in diritto ticinese l'art. 544 della proced. civ. non prevede dei casi speciali di compromessi esenti dall' osservanza di qualsiasi forma, ma regola solamente i criteri soggettivi e oggettivi del compromesso, per cui anche in diritto ticinese è richiesto per la validità del medesimo che siano state osservate le prescrizioni dell' art. 545.

4° Ma se anche l'art. 108 degli statuti non contiene per le ragioni superiormente accennate un compromesso perfetto a sensi dell' art. 545 della proced. civ. tic., può nascere però la quistione, come riconosce l' istante medesimo, se la regola sancita nell' articolo suddetto non debba considerarsi almeno come un *pactum de compromittendo*, ossia come una clausola compromissoria. È vero che il convenuto ha negato dapprima (alla pag. 147 della sua risposta) l'ammissibilità di un simile patto preventivo a riguardo del diritto ticinese, di modo che se si volesse prendere esclusivamente per norma l'opinione colà manifestata si dovrebbe prescindere da un esame in proposito, dichiarando, in base a questo fu detto di sopra, la convenzione contenuta nell' art. 108 degli statuti come nulla senz'altro. L'opinione espressa nell' allegato di risposta dal convenuto sembra però essere stata dettata da un errore di diritto, per cui essa non può formare stato in

concreto. Presentemente l'ammissibilità di un *pactum de contrahendo*, tanto riguardo ai contratti reali che consensuali, non è più quasi materia di dubbio; così ha riconosciuto anche il Tribunale federale nella sentenza sulla causa Profumo c. Stumm la validità del *pactum de emendo et vendendo*, quantunque lo stesso non sia come il *pactum de mutuando* (art. 331) espressamente menzionato nel Codice federale delle obbligazioni. In quelle legislazioni poi, nelle quali il *pactum de contrahendo* non è nè espressamente escluso, nè regolato da disposizioni speciali, la sua validità dipende dai principi generali che regolano la materia dei contratti. Altrettanto dicasi anche del *pactum de compromittendo*, il quale pure appartiene al diritto materiale. Ora, non essendo stato addotto in concreto nessun dispositivo del cod. civ. tic., dietro il quale il *pactum de compromittendo* debba riguardarsi come escluso, la sua incompatibilità potrebbe essere fondata solo sul l'art. 545 della procedura civile. La corte di cassazione francese, appoggiandosi alla disposizione analoga dell' art. 1005 del codice di procedura francese, dichiarò di fatti la clausola compromissoria inammissibile (vedi *Dalloz Repertoire*, sotto il vocabolo *arbitrage* n° 454 e seg. — *Recueil périod.* 1874, 2, 137, nota 1). Nella dottrina si elevarono però delle voci in contrario, e quest'altra opinione, conformemente a quanto ebbe a giudicare anche il tribunale supremo di commercio germanico (raccolta uff., vol. XIII, pag. 421 e seg.), sembra di fatti preferibile. Che il *pactum de compromittendo* sia assolutamente incompatibile coll' art. 1005, 1006 della procedura francese, o coll'art. 545 della ticinese, non si può sostenere, e nelle legislazioni moderne (vedi §§ 852 e seg. della procedura tedesca, art. 12 dell' italiana e per la Svizzera art. 335 Ginevra, art. 335 Vaud et art. 613 Vallese), non chè nella pratica di diritto comune, il *pactum de compromittendo* è generalmente accettato. Ai nostri giorni esiste indubbiamente la tendenza di favorire i giudizi arbitrali; così anche nel Cantone Ticino, dove leggi e decisioni recenti del Gran Consiglio prescrivono che certe quistioni debbano venire decise da arbitri, e dove la clausola compromissoria viene anche spesso inserita

in contratti. Sono le esigenze del commercio che hanno condotto a seguire questa via, ed è possibile che, affine di giustificare la validità di simili clausole compromissorie, si abbia ricorso per errore all' art. 544 della procedura civile, nel mentre una giustificazione non poteva essere trovata che nei principi che regolano il *pactum de contrahendo*.

5° Anche un *pactum de compromittendo* non può però essere conchiuso per tutte le vertenze insorgibili fra due persone da un oggetto qualsiasi, indeterminato. Perchè sia valido è necessario, che venga fissato sufficientemente il tenore del futuro compromesso da conchiudersi in base al patto preventivo. Il patto de compromittendo richiede dunque secondo l'art. 545 della proced. civ. tic., non solo l'accordo preventivo delle parti sopra certe regole sicure sulla costituzione del tribunale arbitrale, ma anche che vengano precisati e determinati i rapporti giuridici, dai quali debbano aver origine le vertenze da risolversi in via di compromesso. Che detti rapporti esistano già al momento della stipulazione della clausola compromissoria, non è necessario; anche riguardo ad un vincolo giuridico da crearsi solo in futuro, il *pactum de compromittendo* non è da riguardarsi come escluso. Ciò che importa perchè esso abbia a parere abbastanza preciso, non è che il rapporto giuridico a cui si riferisce, debba essere già sorto, ma che debba presentarsi agli occhi dei contraenti come un rapporto a sè, quantunque in relazione solo ad una cosa futura, e che sia stato voluto come tale nel contratto e sia come tale ravvisabile. Nel nostro caso però nè il rapporto giuridico, dal quale l'istante fa dipendere in via principale le sue pretese, nè il rapporto ammesso dallo Stato convenuto, hanno il loro fondamento negli statuti (art. 13, 20 et 28). Da essi non deriva cioè nè un contratto di conto-corrente, nè un contratto qualunque, in forza del quale la Banca sia obbligata di assumersi il servizio di cassa per lo Stato fino a concorrenza delle somme a lei sborsate dal medesimo; gli statuti non contengono in questo senso neppure un *pactum de contrahendo*, nè tanto meno l'obbligo legale per la Banca di entrare collo Stato in un simile rapporto. L'art. 13 degli sta-

tuti indica l'oggetto e lo scopo dell'impresa ed enumera singolarmente e dettagliatamente tutti quegli affari, che entrano nella sfera d'azione della Banca cantonale ticinese. Come in tutte le imprese consimili, questo articolo non significa però che la Banca sia in obbligo di concludere quei negozi, ai quali essa estende il cerchio della propria attività, ma solo che essa è in diritto di applicarsi alle operazioni menzionate all'art. 13. Quando dunque l'articolo suddetto (lett. b) dispone per esempio, « che la Banca s'incarica per conto dello » Stato, dei pubblici stabilimenti, del commercio e dei particolari, dell'incasso degli effetti e dei conti riconosciuti che » le saranno rimessi a questo scopo, » ed alla lett. e che « essa apre dei crediti in conto-corrente sotto certe garanzie » non c'è neppur dubbio, che da questi dispositivi non viene creato alla Banca nessun obbligo di carattere privato, che possa dar luogo ad un'azione civile, nel senso che essa debba contrarre collo Stato le operazioni suddette, un obbligo simile esistendo per lei così poco di fronte allo Stato, che di fronte agli stabilimenti pubblici, alle case di commercio ed ai particolari. Questo modo di vedere è confermato pienamente, anche dagli art. 20 e 28 degli statuti.

L'art. 20 dispone: « Se lo Stato, i pubblici stabilimenti, il » commercio ed i privati vorranno incaricare la Banca delle » loro operazioni di cassa, ciò potrà farsi mediante una convenzione scritta che ne regolerà le speciali condizioni. » Affine di creare un simile rapporto fra la Banca e lo Stato, è dunque necessario che venga stipulato in iscritto un contratto speciale, nello stabilire le cui condizioni la Banca ha la stessa libertà di fronte allo Stato che di fronte ad altre persone, compresavi la facoltà di pattuire la decisione a mezzo di arbitri di eventuali contese. Per quanto poi riguarda l'art. 28, il quale stabilisce: « che la Banca cantonale potrà entrare in conto » corrente collo Stato e con altre banche svizzere od estere; » ma che la Direzione dovrà riferirne previamente al Consiglio di Amministrazione, che delibererà per la fissazione » dei crediti reciproci, » è evidente, come lo dimostra anche un confronto cogli articoli 23 e seg., che questo articolo non

impone alla Banca cantonale ticinese, nè di fronte alle altre banche, nè di fronte allo Stato, il dovere di concludere seco loro un contratto di conto corrente, ma che esso contiene solo un'eccezione circoscritta allo Stato ed alle banche del divieto generale di aprire dei crediti scoperti, vale a dire non garantiti da sicurezza o da pegno. Il convenuto stesso lo riconosce nelle sue argomentazioni sul merito col negare che egli fa l'esistenza di un contratto di conto corrente fra lo Stato e la Banca. Egli cade perciò in contraddizione con sè stesso sostenendo più tardi, nella parte del suo allegato riferentesi all'eccezione del compromesso, il contrario. Vero è bensì che l'ammissibilità di un conto corrente scoperto dipende dagli statuti, falso però che gli art. 20 e 28 contengano una convenzione o un contratto nel senso preteso dal convenuto.

Gli art. 13, 20 e 28 non hanno neppure il carattere di convenzione, ma sono regole, statuti di un ente giuridico. Del resto gli statuti non solo non hanno fondato nè un contratto riferentesi ai rapporti della cassa cantonale colla Banca, nè un obbligo della Banca di concludere un simile contratto, ma quando quest'ultima fu istituita, le parti non avevano evidentemente neppure l'intenzione di entrare immediatamente fra loro in un simile rapporto. Difatti nel mentre la Banca ha cominciato la sua gestione già coll'anno 1859, il contratto di conto corrente, secondo quello che pretende l'attrice, sarebbe stato concluso solo nel 1878, e secondo il convenuto, nè allora nè mai. Ora fu bensì detto di sopra, che un *pactum de compromittendo* non debba riguardarsi come escluso neppure in merito ad un rapporto giuridico non ancora istituito; in realtà però un simile *pactum* non si riscontrerà quasi mai, se non in unione ad un rapporto (fosse anche solo un *pactum de contrahendo*) stato simultaneamente creato. In ogni caso, già per la regola generale che i compromessi vanno sottoposti quanto al loro contenuto ad una interpretazione restrittiva, e che in dubbio si debba decidere a favore della giurisdizione ordinaria (così anche *Dernburg*, Preussisches Privatrecht vol. I, p. 340; raccolta delle sentenze del Tribunale superiore di commercio germanico vol. II, p. 427 e altrove), un *pactum*

de compromittendo non è da riferirsi ad un rapporto giuridico, che ancora non esiste, se non quando simile intenzione delle parti risulti dal contratto in modo evidente. In concreto però nè è detto nell' art. 108 degli statuti, che debbano essere rimesse ad arbitri anche le contese che avessero a nascere fra le parti da un contratto da conchiudersi secondo gli art. 20 e 28 degli statuti, nè vi sono motivi che conducano a credere che tale sia stata la volontà dei contraenti, nè l'art. 108 degli statuti manca di un senso ragionevole, se non lo si riferisce alle contese suddette, essendo stati creati dagli statuti, come riconosce anche il convenuto e come risulta del resto chiaramente dal loro tenore, direttamente dei rapporti di diritto, ai quali può essere applicato l'art. 108. Così per esempio dagli art. 6, 13 lett. I, e 44 dei medesimi. — L'eccezione del compromesso sollevata dallo Stato è dunque inattendibile sotto ogni riguardo.

Per questi motivi il Tribunale federale
pronuncia :

L'eccezione del compromesso sollevata dalla parte convenuta è dichiarata infondata.

147. Urtheil vom 10. Dezember 1892 in Sachen
Nigg und Bregenzer gegen Kanton Schwyz.

A. Mit Klageschrift vom 22./23. Januar 1892 stellen Richter Tobias Nigg und Negoziant Clemenz Bregenzer in Gersfau beim Bundesgerichte den Antrag: „Ist Beklagtenschaft (Staat des Kantons Schwyz) nicht pflichtig, 1. anzuerkennen, daß die Kläger als Inhaber des sogenannten Balchensfages und Balchensees zu Gersfau allein und ausschließlich berechtigt seien, auf dem schwyzerschen Theile des Bierwaldstättersees von der Grenze zwischen den Bezirken Schwyz und Gersfau bis zur Grenze zwischen Gersfau und Vignau Balchen zu fangen? 2. Von diesem die Befugniß Dritter zum Balchensfang ausschließenden Privatrechte

der Kläger in den kantonalen Fischereipatenten Vormerkung zu thun, unter Kostenfolge für die Beklagtenschaft?“ Sie bringen an: Unter dem Namen „Balchensfag und Balchensee“ bestehe auf dem Bierwaldstättersee von Alters her eine Fischereigerechtigkeit, deren Ausübung sich von der Schwyzer Landmark (Grenze zwischen den Bezirken Schwyz und Gersfau) bis zur Grenze der benachbarten luzernischen Gemeinde Vignau erstreckt habe. Diese Gerechtigkeit, deren Inhalt im ausschließlichen und, nach der Ansicht der Kläger, unbeschränkten Rechte zum Balchensfang auf dem genannten Seegebiete bestehe, sei rechtlich wie eine Liegenschaft behandelt worden, indem sie nicht nur wiederholt Gegenstand von Kaufverträgen gewesen sei, sondern sogar eine eigene Grundbuchnummer erhalten habe und mit Hypotheken belastet worden sei. Am 30. Juli 1889 sei der Balchensfag und Balchensee durch Kauf an die heutigen Kläger übergegangen. Seit Erlaß des Bundesgesetzes betreffend die Fischerei beziehungsweise der bezüglichen kantonalen Vollziehungsverordnung haben verschiedene Fischer den Versuch gemacht, die Inhaber des Balchensfages und Balchensees in ihrer Rechtsausübung zu beeinträchtigen, unter dem Vorwande, daß jeder Inhaber eines kantonalen Fischereipatentes das Recht habe, in allen öffentlichen Gewässern des Kantons den Fischfang zu betreiben, ohne dabei einer andern Beschränkung unterworfen zu sein, als den im Bundesgesetze enthaltenen Bestimmungen. Die Kläger haben verschiedene erfolglose Versuche gemacht, sich hiegegen zu schützen. Auch die Regierung des Kantons Schwyz wolle das Recht der Kläger in zwei Richtungen beschränken. Zunächst mit Bezug auf den Ort dahin, daß dasselbe sich nur auf die Uferstrecken des Sees, nicht aber auf den offenen See beziehe. Allein in keiner Urkunde sei etwas davon gesagt, daß nur am Ufer Balchen gefangen werden dürfen. In den Verträgen heiße es „Balchensfag und Balchensee.“ Damit sei doch deutlich gesagt, daß das Fischereirecht sich nicht blos dem Ufer entlang erstrecke. Die Kläger behaupten ihr Fischereirecht bis an die Grenze des Kantons Nidwalden. Sodann behaupte die Regierung eine Beschränkung des Fischereirechtes der Kläger mit Bezug auf die Zeit dahin, daß dasselbe sich nur auf die Laichzeit der Balchen beziehe. Allerdings werden nun die Balchen hauptsächlich