

mit im irrtümlichen Glauben gelassen, die Sache sei im Sinne seines Zahlungsvorschlages geordnet. Zu dieser Annahme war der Beklagte umso berechtigter, als die Klägerin ihm gegenüber bisher stets eine wohlwollende Haltung eingenommen, und auch nach Ablauf der ersten, am 29. Oktober gesetzten Frist keine Massnahmen gegen ihn ergriffen hatte; auch war sie ja durch die beim Vertragsabschluss geleistete Zahlung von 17,500 Fr. für die bisherige, verhältnismässig sehr kurze Vertragsdauer reichlich entschädigt. Wenn die Klägerin dann mit Zuschrift ihres Anwaltes vom 1. Januar 1921 erklärte, sie sehe sich veranlasst, von der Rücktrittsklausel des Art. 14 Gebrauch zu machen, und betrachte das ganze Vertragsverhältnis als aufgelöst, so verdient dieses Vorgehen keinen Rechtsschutz, da es sich mit den den Geschäftsverkehr beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbaren lässt. Dazu kommt, dass der Beklagte am 4. Januar 1921 den für die verfallenen Annuitäten geschuldeten Betrag von zusammen 2200 Fr. (in französischer Währung) bei Notar Dr. Fischer in Basel einbezahlt hat, mit der Weisung, diese Summe an die Klägerin herauszugeben, wenn sie die Entziehung der Konzession für die Basler Schule rückgängig mache und den Vertrag weiter in Kraft belasse.

4. — Ferner kann die Klägerin ihren Rücktritt auch nicht darauf stützen, dass der Beklagte am 10. Januar 1921 die Schule an Apotheker Mildner in Binningen « verkauft » hat; denn eine Zuwiderhandlung gegen die in Art. 13 des Vertrags enthaltene Bestimmung, dass der Beklagte die ihm durch den Vertrag übertragenen Rechte nicht ohne Zustimmung der Klägerin an Dritte abtreten dürfe, gibt dieser nicht das Recht, den Vertrag aufzuheben.

5. — Aus allen diesen Gründen ist in Gutheissung der Hauptberufung die Klage gänzlich abzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. Die Hauptberufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 16. Mai 1922 aufgehoben und die Klage gänzlich abgewiesen.

**71. Sentenza 30 novembre 1922 della II<sup>e</sup> Sezione civile nella causa Bernasconi e Consorti contro Vismara e Balmelli.**

Il diritto di prelazione è presunto non cedibile: vale a dire la sua cedibilità deve risultare dalla volontà delle parti o dalle speciali circostanze del caso.

A. — Vismara Antonio in Lugano vendeva il 19 ottobre 1915 a Bernasconi Senatore, pure in Lugano, diversi appezzamenti di terreno siti in territorio di Lugano. L'istromento contiene le pattuizioni seguenti: « A Vismara vien sin d'ora riconosciuto il diritto di ricupera dei mappali 62, 295, parte, e 1180 parte per il complessivo prezzo di 6500 fchi. *in caso di vendita degli stessi a terzi....* Pari diritto gli vien riservato in caso di morte di Bernasconi o di rinuncia da parte dello stesso a qualsiasi partecipazione sia diretta che indiretta all'azienda da lui attualmente gerita. »

Con brevetto 16 marzo 1916 Vismara cedeva questi diritti a Balmelli Domenico in Lugano per il prezzo di 1500 fchi. Il subingresso del cessionario fu annotato a registro fondiario il 10 maggio 1916. Ciò malgrado Vismara, con dichiarazione scritta del 23 maggio 1918, fatta nei confronti di P. Gilardi, avvocato e notaio in Lugano, quale rappresentante del Bernasconi, dichiarò « rava di rinunciare al diritto » di ricupera in questione, riservati gli eventuali diritti dei terzi, e di « abilitare Bernasconi Senatore ed il Signor P. Gilardi

» a chiedere la cancellazione di detto patto all'Ufficio » del registro fondiario. »

B. — Avendo in seguito Bernasconi venduto i fondi alla ditta Tamborini in Lugano e questa fatto pubblicare una grida a garanzia dell'acquisto, il Balmelli notificava il suo diritto di « ricupera ». D'altro canto, anche Vismara, con lettera del 30 maggio 1922, dichiarava al notaio Gilardi quale rappresentante del Balmelli che « intendeva esercitare il suo diritto di ricupera come a contratto stipulato ».

Donde l'attuale azione con la quale Bernasconi Senatore, come proprietario ancora iscritto degli stabili in questione, e la ditta Tamborini come loro compratrice, con istanza 12 giugno 1922 domandavano fosse fatto obbligo all'ufficio dei registri di Lugano di cancellare il diritto di « ricupera » annotato a favore dei convenuti. La domanda poggiava in sostanza sui motivi seguenti: Nei confronti di Balmelli l'iscrizione non è valida perchè i diritti in questione non sono cedibili. Nei confronti del Vismara, l'iscrizione non può essere ammessa perchè esso a quei diritti ha rinunciato ed ha concesso che fossero cancellati. Balmelli rispondeva opponendo la validità della cessione e Vismara, inoltre, l'inefficacia della rinuncia. Sosteneva che essa gli fu estorta dall'avvocato Gilardi ingannandolo sul motivo e sulle conseguenze del suo atto; che, quando la sottoscrisse, egli aveva già fatto la cessione a Balmelli e non aveva quindi più veste per rinunciare al diritto; che nella dichiarazione di rinuncia è esplicitamente contenuta la riserva dei diritti dei terzi e la rinuncia doveva quindi valere solo nel caso in cui Balmelli non intendesse far uso del suo diritto; che, infine, la rinuncia non era valida perchè, trattandosi di convenzione relativa a diritti immobiliari, doveva essere fatta per atto pubblico.

C. — Con sentenza 31 agosto 1922 il Pretore di Lugano-Città respingeva la petizione ritenendo valida la cessione e riputando quindi inutile di discutere se

la rinuncia di Vismara, avvenuta dopo la cessione, fosse valida o meno.

Questo giudizio fu confermato dal Tribunale di Appello colla sentenza denunziata, dei cui motivi e degli argomenti delle parti si dirà, per quanto occorra, nei seguenti considerandi;

*Considerando in diritto:*

1° — Coll'atto di appellazione gli attori hanno prodotto nuovi documenti, dai quali intendono dedurre nuovi argomenti in favore della loro tesi della incedibilità del diritto in litigio. Ma a ragione le parti convenute ed appellate chiedono che questi documenti siano esclusi dall'incarto, poichè l'art. 80 OGF vieta che in sede federale vengano adottati nuovi mezzi di prova. Con essi cadono quindi anche le nuove ragioni ed eccezioni che gli attori basano sui documenti inammissibili.

2° — Ma si è a torto che i convenuti contestano anche all'attore Bernasconi la legittimazione per proporre l'azione in questione. Essa mira a far cancellare dal registro fondiario un diritto che, secondo gli attori, non spetterebbe agli iscritti Balmelli e Vismara di fronte al proprietario del fondo. Finchè la ditta Tamborini non è iscritta a registro come proprietaria (e ciò non risulta dagli atti), solo il Bernasconi può esserne considerato proprietario. L'eccezione di mancanza di veste attiva è quindi, nei suoi confronti, inammissibile. Per contro, spetta ad ambedue i convenuti la veste passiva di opporsi alle domande degli attori, poichè le due azioni stanno in rapporto subordinato. Infatti, la domanda di cancellazione vien promossa in primo luogo di fronte al Balmelli poichè questi è, in ordine di tempo, l'ultimo titolare iscritto al registro. Ma se la cessione a Balmelli fosse inammissibile e la rinuncia del Vismara annullabile, quest'ultimo figurerebbe come titolare iscritto, di modo che esso pure è legittimato ad opporsi all'azione.

3° — Nel merito occorre anzitutto rilevare che a

torto le istanze cantonali, seguendo in ciò la dizione inesatta degli istrumenti e le allegazioni erronee delle parti, parlano solo e genericamente di diritti « di ricupera ». I diritti che ripetono la loro origine dall'atto di vendita 19 ottobre 1915 sono due e ben distinti : il primo, che concedeva a Vismara il diritto di rientrare in possesso degli stabili venduti al Bernasconi in caso di rivendita degli stessi ad un terzo, è, precisamente e propriamente parlando, un diritto di prelazione, mentre solo il secondo, che prevede il riscatto dei fondi in caso di morte del Bernasconi o della sua uscita dal commercio (e cioè indipendentemente da una vendita a terzi), è un patto di ricupera. Nella causa presente è da decidersi soltanto il litigio sul diritto di prelazione, poichè esso ha origine nella vendita degli stabili da parte del Bernasconi alla ditta Tamborini. E colla decisione della causa, la vertenza sul diritto di ricupera sarà senza oggetto, poichè, o il diritto di prelazione esiste e vien ammesso sia nella persona del Balmelli sia in quella del Vismara, e allora la prima alternativa del patto si è verificata e cade la seconda. O il diritto di prelazione vien dichiarato nullo, e allora la proprietà passerà alla ditta Tamborini libera e franca, e l'esercizio del diritto di ricupera, che dipende dalla morte del Bernasconi ecc. (in questo caso, non più proprietario), sarà diventato senza oggetto.

Ond'è che, impostata esattamente, la questione da decidersi consiste nel sapere, se il diritto di prelazione previsto dall'istromento 19 ottobre 1915 era cedibile al Balmelli ; in caso negativo, se questo diritto spetti ancora al suo titolare originario Vismara.

4° — Il primo quesito non trova risposta diretta in nessun disposto del CCS, il quale, all'infuori di quanto dispongono gli art. 681, 682, 959 CCS e 216 cap. 3 CO, disciplina la materia in modo affatto sommario. La decisione deve quindi essere desunta dall'interpretazione della legge secondo la natura del patto di prelazione

e dei diritti che ne risultano, avendo speciale riguardo al sistema ed allo spirito della legislazione ed ai lavori preparatori.

a) La natura giuridica del patto di prelazione è controversa. Se dovesse essere considerato come un semplice patto preliminare (*pactum de contrahendo*) a sensi dell'art. 216 cap. 2 CO, o come un patto che desse vita ad un cosiddetto diritto costitutivo (*Gestaltungsrecht*, v. la definizione in OSER, Comm. del CO, traduzione italiana, p. 775 oss. 5 e 782 oss. 4), la cedibilità del diritto risultante dal patto di prelazione a favore del venditore dovrebbe essere senz'altro negata, poichè, secondo la dottrina più accreditata, tanto un patto de *contrahendo* che un diritto costitutivo non sono, di regola, suscettibili di cessione. Ma a prescindere da queste teoriche sulla costruzione giuridica del patto, delle quali nessuna prevale nella dottrina e nessuna fu accolta senza riserva dai commentatori del CCS (v. LEE-MANN, Comm. all'art. 685 ; OSER, Comm. CO p. 972, ROSSEL e MENTHA, Diritto svizzero, vol. II p. 224 ; ALLGÄUER, Monografia sul diritto di ricupera, prelazione ecc. p. 28), la cedibilità incondizionata del diritto risultante dal patto di prelazione appare esclusa dalla presunta volontà delle parti, da dedursi dallo scopo che col patto stesso esse intendono, di regola, conseguire. E bensì vero che, qualche volta, il fine del patto di prelazione è meramente patrimoniale e indipendente da ogni considerazione insita nelle persone dei contraenti. Così nell'ipotesi in cui taluno, mosso da necessità temporanea di denaro, venda a prezzo vile ed abbia fiducia di avere entro breve termine la somma necessaria per riprendersi la cosa di cui si spogliò nel caso che sia rivenduta. Ma, all'infuori di questa ipotesi, il diritto di prelazione ha natura, se non strettamente, almeno prevalentemente personale. Si è, generalmente, in vista di rapporti di famiglia, di vicinato e di amicizia, che tale patto vien costituito : il fondo dev'essere mantenuto

nella famiglia e si intende evitare che passi in mano di persona non grata ecc. In tutte queste ipotesi, il patto, se non strettamente, appare siffattamente inerente alle persone da far presumere che le parti abbiano inteso escluderne la cedibilità per libero negozio. Tale l'opinione dei commentatori quasi unanimi, mentre d'altro canto, nessuna ragione milita a favore di escluderne la cedibilità in modo assoluto (v. LEEMANN e OSTERTAG, Commenti agli art. 681, 682 e 959 CCS; WIELAND, Nota all'art. 681; FICK, Nota 20 e seg. all'art. 216 CO; CURTI-FORRER, Nota 16 all'art. 881).

Allo stesso risultato si giunge in base ai considerandi seguenti: Il patto di prelazione costituisce un rapporto di diritto bilaterale. Da un canto, il diritto del venditore di riacquistare i beni a certe condizioni; dall'altro, il suo obbligo di solvere il prezzo e di adempiere alle condizioni stabilite fin da principio nel contratto o assunte dal terzo. Questi mutui diritti ed obblighi sono correlativi tra venditore e compratore, non ponno scindersi a danno dell'uno e dell'altro, nè può essere ammesso che, per atto unilaterale, l'una parte o l'altra li comprometta o ne diminuisca il valore. La circostanza invero che un rapporto di diritto è bilaterale non è, in sé, di ostacolo alla cedibilità dei diritti personali che da quel rapporto risultano (BECKER, Comm. del CO p. 613; OSER, Cons. generali all'art. 164 p. 770 e seg.). Ma gli obblighi relativi che incombono alle parti non possono trasmettersi che secondo le regole dell'assunzione di un debito (art. 175 e seg. CO). In altri termini: l'obbligo spettante al titolare del diritto di prelazione di adempiere alle condizioni previste dal patto non potrà, nella maggior parte dei casi, essere trasmesso efficacemente al cessionario se non col consenso del compratore. Suppongasì infatti il caso in cui il prezzo da solversi dal venditore non sia stabilito in contanti, ma in somma da pagarsi entro un certo termine dopo il trapasso della proprietà o da garantirsi colla costituzione di ipoteca sul fondo stesso. In queste ipotesi non sarà indifferente al compratore,

che il titolare del diritto di prelazione rimanga la persona colla quale l'ha stipulato e nella cui solvibilità esso ha avuto fiducia; o sia invece altra persona, meno abbiente o della quale esso non può ripromettersi il puntuale pagamento del prezzo pattuito a termine o la cui garanzia personale dell'ipoteca appaia meno valida. In questi casi la cedibilità del credito è esclusa dalla natura de patti accessori, secondo i quali, tra i diritti e gli obblighi, il nesso è così stretto da non permettere che vengano separati gli uni dagli altri, a meno che il contrario non risulti dalla volontà delle parti o dalle condizioni del caso.

b) Indarno si obietterebbe che, essendo il patto di ricupera, secondo l'opinione unanimemente ammessa (v. LEEMANN, WIELAND ed OSTERTAG, l. c.), trasmissibile per successione agli eredi dell'avente diritto, esso debba, di conseguenza, venir considerato come senz'altro cedibile a sensi dell'art. 164 CO. Il ragionamento non è concludente. Esso dimostra solo che il patto di prelazione non è un diritto strettamente personale, non che la sua trasmissibilità per cessione debba essere presunta lecita. Nell'uno caso si tratta di trasmissione a titolo di successione *universale*, nell'altro, a titolo di successione *golare*, dunque in base a ragioni differenti, rette da norme diverse. E, parimenti, non vale il pretendere come fa l'istanza cantonale, che, essendo il diritto pignorable, esso debba essere considerato senz'altro come cedibile. Anzitutto questo rilievo dell'istanza cantonale si applica al diritto di ricupera, non al diritto di prelazione. E il commento JAEGER, al quale il giudice cantonale erroneamente si riferisce, dichiara che, all'infuori di casi speciali, il diritto di prelazione è impignorable perchè non tramissibile (JAEGER, Oss. B all'art. 92 vol. I p. 254).

Si è finalmente a torto che l'istanza cantonale cerca conforto per la sua tesi nelle legislazioni anteriori al CCS. I disposti del codice civile francese, che essa invoca (art. 1649 e seg.), e così quelli del codice italiano (cui fa capo il convenuto Balmelli), non si riferiscono al diritto

di prelazione ma al diritto di ricupera (o di riscatto, *réméré*), il quale, se col primo ha qualche punto di analogia, ne differisce profondamente in altri (cfr. sulla diversità dei due diritti Pacifici-Mazzoni, CC I vol. 12 p. 236 e seg.; 13 p. 14). Sotto la designazione di diritto di ritratto (di detrazione, di riscatto oss.) siffatti diritti trovarono largo campo di applicazione nel diritto feudale e gentilizio, allo scopo di conservare il dominio fondiario in famiglie o stirpi maggiori e dominanti o in possesso di corporazioni e della gente originaria del paese ecc.; diritti o privilegi di casta, i quali, conformemente al loro scopo, erano o del tutto incedibili, o trasmissibili solo a determinate persone od a date condizioni. Il diritto moderne li abolì in gran parte come restrittivi della libertà di commercio (cfr. art. 62 Cost. federale), e di quelli che sopravvissero restrinse l'efficacia, sia limitandoli in ragione di tempo, sia escludendone del tutto la trasmissibilità (cod. austriaco § 1074) e presu-mendone l'incibilità (cod. civ. germanico § 514). Delle legislazioni svizzere anteriori al codice civile, alcune vietavano addirittura il patto di prelazione (ad es. Argovia e Soletta), altre, la maggior parte, (così, in genere, le legislazioni dei gruppi legislativi di Zurigo e di Berna) tendevano a diminuirne la portata, dichiarando tali diritti non cedibili o trasmissibili per successione solo a determinate condizioni (Berna, Zurigo, Grigioni e Sciaf-fusa). Questo concetto fu seguito anche nel progetto del CC delle obbligazioni del 1876/1905, secondo il quale (art. 1272) il patto di prelazione era bensì suscettivo di trasmissione per eredità, ma, in assenza di patto contrario, non era cedibile per contratto (cfr. anche Commissione dei periti, seduta 7 novembre 1902 p. 62 i. f.).

Nel caso in esame, la cedibilità del patto non risultando né da stipulazione espressa, né da nessun'altra condizione della fattispecie, la cessione 16 marzo 1916 del Vismara a favore di Balmelli dev'essere considerata come non valida.

5° — Non essendo passato a Balmelli, il diritto di prelazione in discorso sarebbe quindi rimasto privilegio del Vismara, se questi, con atto del 23 maggio 1918, non vi avesse rinunciato. Ma la validità di questa rinuncia non fu esaminata dall'istanza cantonale. Essa viene impugnata dal Vismara sotto molteplici aspetti. L'addebito dedotto dalla forma nella quale la rinuncia avvenne (per semplice atto scritto, anziché per strumento notarile) è indubbiamente infondato, in quanto che la *rinuncia* ad un diritto non dipende dall'osservanza di forma speciale, anche se questa fosse imposta dalla legge o scelta dalle parti per la costituzione dell'obbligazione (art. 115 CO). Inoltre, l'annotazione della rinuncia ebbe luogo, in seguito a dichiarazione scritta del Vismara e ciò bastava a termini dell'art. 964 CCS. Meno ovvia invece è la soluzione in merito all'argomento dedotto dal fatto che, nella dichiarazione di rinuncia, sono riservati « gli eventuali diritti dei terzi », ed all'affermazione, che Vismara, il quale per la cessione aveva conseguito un prezzo di f. ch. 1500, sia stato indotto a rinunciare al diritto per errore ingenerato nella sua mente da fallaci asserzioni e, in genere, dal contegno del rappresentante del Bernasconi e come meglio alle asserzioni contenute negli allegati del convenuto Vismara. Su questi due punti l'istanza cantonale né si è espressa, né ha portato l'istruzione della causa. Ond'è che, ammesso l'appello a carico del Balmelli ed a favore del Bernasconi, per decidere la causa anche nei rapporti del Vismara, gli atti devono essere rimandati all'istanza cantonale per nuova istruzione e nuovo giudizio nel senso dei considerandi (cons. 5).

#### *Il Tribunale Federale pronuncia :*

La querelata sentenza è annullata e la causa vien rinviata all'istanza cantonale per nuova istruzione e nuovo giudizio nel senso dei considerandi.