

ESTRATTO DALLO STATUTO DELL'ISTITUTO

L'Istituto Italiano di Studi Legislativi, fondato nel 1925, creato in ente morale con R. decreto 29 novembre 1937, n. 2488 e regolato con legge 22 giugno 1939, n. 992 è un'associazione apolitica, avente per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al diritto e, soprattutto, gli studi di *Diritto Comparato*.

I soci dell'Istituto hanno i seguenti diritti e obblighi:

SOCI ORDINARI, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). *Diritti*: concessione gratuita dell'«Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi»; sconto del 10% per le altre Riviste. *Obblighi*: quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 100.

SOCI BENEMERITI, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). *Diritti*: concessione gratuita di tutte le Riviste (meno il «Repertorio della Legislazione Mondiale»). *Obblighi*: quota annuale, Lire 1000.

Per tutti i soci obbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimere il desiderio scrivendo all'Istituto, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Italiano di Studi Legislativi, gegründet im Jahre 1925, ausgestattet mit juristischer Persönlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch das Gesetz vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein unpolitischer Verein, der zum Gegenstand gesetzgeberische Studien hat, insbesondere Studien über Statistik, Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf das Recht, und vor allem die *Rechtsvergleichung*.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

ORDENTLICHE MITGLIEDER, auch *Ausländer* (einschließlich Bibliotheken und sonstige Anstalten). *Rechte*: kostenlose Lieferung des «Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetzgebungsstudien»; ein Skonto von 10% für die anderen Zeitschriften. *Verpflichtungen*: Eintragsgebühr 20 Lire; jährlicher Beitrag 100 Lire.

BENEMERITEN, auch *Ausländer* (einschließlich Bibliotheken und sonstige Anstalten). *Rechte*: kostenlose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertoriums der Weltgesetzgebung»). *Verpflichtungen*: jährlicher Beitrag 1000 Lire.

Die Portospesen gehen stets zu Lasten der Mitglieder.

Anträge um Ernennung zum Mitglied sind zu richten an das Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

GIURISPRUDENZA COMPARATA
DI DIRITTO CIVILE

A CURA DEL SEGRETARIO GENERALE DELL'ISTITUTO

PROF. SALVATORE GALGANO

ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

VOLUME VI

RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA: Francia, Italia, Belgio, Germania.

RECHTSPRECHUNG ZUM BÜRGERLICHEN RECHT IN VERGLEICHENDER
DARSTELLUNGCOMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAWJURISPRUDENCE COMPARÉE EN
MATIÈRE DE DROIT CIVIL

36956

EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

lediglich zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff in den Körper des Patienten eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff StGB. sei, und dass der Arzt widerrechtlich handle, wenn er sein Recht nicht aus einem bestehenden Vertragsverhältnis oder einer präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrage hierfür legitimierter Personen, herleiten könne. Hiergegen hat sich stets erheblicher Widerspruch erhoben (vgl. z. B. EBERMAYER, *Arzt und Patient in der Rechtsprechung*). Auch die verschiedenen Strafrechtswürfe suchten zu einer andern Regelung zu gelangen. In den Entwürfen von 1913, 1. Lesung, 1919, 1925, 1927 wurde der Standpunkt vertreten, dass ein kunstgerecht, lediglich zu Heilzwecken vorgenommener ärztlicher Eingriff keine Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung sei. Im Rahmen der gegenwärtigen Reformarbeiten wird vorgeschlagen, ausdrücklich festzustellen, dass Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, keine Körperverletzungen sind und die eigenmächtige Heilbehandlung als ein Sonderdelikt im Rahmen der Vergehen gegen die Freiheit unter Strafe zu stellen. (*Bericht der amtlichen Strafrechtskommission*, 2. Aufl. S. 392). [Die Rechtsprechung in Strafsachen blieb indessen bei der Ansicht des Reichsgerichts. (vgl. RGSt. Bd. 61, S. 393; Bay. ObLG. (Strafsenat) v. 25. 11. 1930 in JW. 1932, S. 2296)].

Die Zivilsenate des Reichsgerichts sind von der gleichen Auffassung ausgegangen wie RGSt. Bd. 25, S. 375. In dem zit. Urteil RGZ. Bd. 68, S. 431 wird ein Berufsrecht des Arztes zu Eingriffen ausdrücklich verneint. Es verbleibt also bei dem Grundsatz, dass die Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters notwendig ist. (ebenso RGZ. Bd. 88, S. 433; RG. in JW. 1911, S. 748). Ohne solche Einwilligung ist der Eingriff des Arztes eine rechtswidrige Körperverletzung. In dem Urteil RGZ. Bd. 68, S. 431 ist erwähnt, dass ein Ausnahmefall wie z. B. Gefahr im Verzuge nicht vorliege. Das vorliegende Urteil erklärt ausdrücklich, dass es daran festhalte, dass bei Gefahr im Verzuge es der Einwilligung nicht bedürfe, aber auch dann kann der Arzt nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Kranken handeln, denn die rechtliche Begründung für die Verneinung widerrechtlichen Handelns liegt darin, dass der Arzt unter den besonderen Voraussetzungen nach dem mutmasslichen Willen des Kranken handelt. Das Urteil führt im einzelnen aus, dass hier nur solche Fälle in Frage kommen können, bei denen aus besondern Gründen die Einwilligung nicht eingeholt werden kann, wie Bewusstlosigkeit, Notwendigkeit eines weitergehenden Eingriffs im Verlaufe einer Operation. Die von dem Reichsgericht hieran geknüpfte weitergehende Einschränkung, dass der Arzt nach der gegebenen Sachlage, insbesondere dem bisherigen Verhalten des Kranken müsse annehmen können, die Einwilligung werde nicht versagt werden, darf aber nicht dahin verstanden werden, dass der Arzt bei Gefahr im Verzuge nicht handeln darf, wenn er keinerlei konkrete Anhaltspunkte für den mutmasslichen Willen des Patienten hat. Grade derartige Fälle werden nicht eben selten sein; man denke an Einlieferung eines Bewusstlosen, der bei einem Strassenunfall verletzt ist und bei dem der Arzt eine Amputation vornehmen zu müssen glaubt. Dem Sinne der Regelung entspricht es, die Widerrechtlichkeit zu verneinen, wenn der Arzt den Eingriff bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt als notwendig ansehen konnte zur Abwendung einer unmittelbaren Lebensgefahr. Für die zu treffende Entscheidung ist es von Bedeutung, — worauf das Reichsgericht, allerdings in etwas anderem Zusammenhang, hinweist, — dass der Arzt, dem ein sicherer Weg zur Heilung zur Verfügung steht, diesen Weg beschreiten müsse und einen weniger sicheren nur wählen dürfe, wenn gewichtige Gründe das geboten erscheinen lassen. Im Ganzen gesehen scheint danach dem sachgemässen ärztlichen Handeln ein hinreichend weiter Spielraum gewährt zu sein.

Dieser Spielraum ist erweitert zunächst in all den Fällen, in denen das Gesetz selbst dem Arzt die Ermächtigung zum Eingriff gewährt, wie § 42 k StGB., §§ 2, 4 Geschlechtskrankheits-G., Impfgesetz, die Erbgesundheitsgesetze, die Gesetzgebung über Seuchenbekämpfung.

Von besonderem Interesse erscheint das Urteil für die künftige Rechtsentwicklung. Das Reichsgericht hat es bisher stets abgelehnt, ein besonderes ärztliches Berufsrecht an-

zuerkennen. Der entschiedene Fall bot keinen Anlass hierzu Stellung zu nehmen. Das Reichsgericht deutet aber immerhin an, dass unter der gegenwärtigen Rechtsauffassung und der stärkeren Betonung der öffentlichen Seite der ärztlichen Tätigkeit möglicherweise eine andere Auffassung Platz greifen könnte. Solange diese Stellungnahme der Rechtsprechung fehlt, fehlt es auch an einer hinreichenden Klarstellung, wann ein Eingriff entgegen dem Willen des Patienten unter dem Gesichtspunkt des überragenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist. Bisher gibt das Reichsgericht dazu nur zwei Gesichtspunkte. Ein überwiegendes Interesse würde anzunehmen sein, wenn die Unterlassung des Eingriffs eine Gefährdung der Volksgesundheit zur Folge gehabt hätte oder hätte haben können, dagegen berührt das Interesse an der Gesundheit des Einzelnen das Interesse der Gesamtheit nur mittelbar und das rechtfertigt einen zwangsweisen Eingriff nicht. Das Reichsgericht macht hier einen Unterschied zwischen einer vom Standpunkt des Volksganzen aus berechtigten Idealforderung und dem heutigen Stande gesunden Volksempfindens. KALLFELZ stellt in seiner Besprechung dem entgegen, dass die nationalsozialistische dynamische Rechtsanschauung grundsätzlich keinen Unterschied zwischen Ideal und Wirklichkeit kenne. Menschen, die ihren Dienst für die Volksgemeinschaft erfüllt haben oder ohnehin untauglich sind zu erfüllen, seien pflichtenfrem. Bei ihnen bestehe danach auch kein überragendes öffentliches Interesse, das den Arzt zu einem Eingriff ermächtigen könnte. Wer der Gemeinschaft noch nützen kann, ist nach KALLFELZ ihr gegenüber auch verpflichtet sein Leben und seine Dienstfähigkeit zu erhalten, wofür er als Beispiele « Wehrpflichtige, gebärfähige Frauen, Eltern als Versorger und Erzieher von Kindern, alte Staatsmänner, Gelehrte und Erfinder, die noch fähig und daher verpflichtet sind unersetzliche Dienste zu leisten » anführt. Hier will er den Arzt als berechtigt ansehen, Eingriffe auch gegen den Willen des Patienten vorzunehmen. Es wird abzuwarten sein, ob und in welcher Weise Gesetzgebung und Rechtsprechung die zur Durchführung der Idealforderung notwendige Konkretisierung der Tatbestandsvoraussetzungen geben werden.

MASSIMARIO

130). RG. 15. 12. 1936; JW. 1937, p. 1479.

- ESECUZIONE DEL CONTRATTO — BUONA FEDE — PREVALENZA DELL'INTERESSE COLLETTIVO SULL'INTERESSE INDIVIDUALE — ESTREMI DI APPLICABILITÀ.
- ERFÜLLUNG DES VERTRAGES — GUTER GLAUBE — «GEMEINNUTZ GEHT VOR EIGENNUTZ».
- VORAUSSETZUNG FÜR DIE ANWENDBARKEIT DES GRUNDSATZES.
- PERFORMANCE OF CONTRACT — GOOD FAITH — PUBLIC INTEREST PREVAILING OVER INDIVIDUAL INTEREST — CONDITIONS OF APPLICATION OF THIS PRINCIPLE.
- EXÉCUTION DU CONTRAT — BONNE FOI — PRÉVALENCE DE L'INTÉRÊT COMMUN SUR L'INTÉRÊT PRIVÉ — CONDITIONS.

L'effettivo esercizio di un diritto riservatosi nel contratto è da considerarsi illecito, a mente del § 242 cod. civ., se il titolare di esso abbia, contro i principi della buona fede (*Treu und Glauben*), ommesso di rendere edotta l'altra parte sulla gravità ed effettività della riserva, di cui questa manifestazione aspettava non venisse fatto uso nel caso dato.

La parte inadempiente non può utilmente invocare il principio della prevalenza dell'utilità generale su quella particolare, per giustificare il proprio comportamento anticontrattuale, se essa non sacrifichi punto alla collettività il vantaggio così conseguito, ma lo ritenga esclusivamente per sé e pretenda di far sopportare solo all'altro contraente i danni derivanti dalla inosservanza del contratto.

Die Ausübung eines vorbehaltenen Rechts kann nach § 242 BGB. unzulässig werden, wenn der Berechtigte es wider *Treu und Glauben* unterlässt, seinen Vertragsgegner auf die

Ernstlichkeit des Vorbehalts hinzuweisen, von dem jener erkennbar erwartet, dass er im gegebenen Falle nicht geltend gemacht werde.

Die Berufung auf den Grundsatz, dass gemeiner Nutz vor Eigennutz gehe, um dadurch die Widerrechtlichkeit eines eigenen vertragswidrigen Verhaltens auszuräumen, geht fehl, wenn der vertragsuntreue Teil den dadurch erlangten Vorteil nicht etwa der Allgemeinheit aufopfert, sondern für sich behält und den Schaden, der durch den Vertragsbruch entstanden ist, den Vertragsgegner allein tragen lassen will.

ANMERKUNG. — Klägerin hatte bei der Beklagten eine Getreidetrocknungsanlage bestellt. In den Lieferungsbedingungen hatte sich Beklagte von der Haftung für Schadensersatz bei Lieferungsverzug freigezeichnet. Lieferung erfolgte mit erheblicher Verspätung, weil Beklagte einen grösseren Auftrag aus dem Auslande übernahm, der die rechtzeitige Fertigstellung der Trocknungsanlage hinderte. Hiervon teilte sie der Klägerin nichts mit, obwohl sie erkannte, dass jene die unbedingte Einhaltung der Lieferfrist als wesentlichen Vertragsinhalt ansah und nach den Zusicherungen damit rechnete; sie vermied es auch im mündlichen und schriftlichen Verkehr mit Klägerin vor und nach Vertragsschluss diese auf die weitgehende Beschränkung ihrer Rechte bei Lieferungsverzug hinzuweisen, oder ihr eine anderweite Vergebung des Auftrags anheimzustellen.

ALTRE OSSERVAZIONI. — La buona fede delle parti nella esecuzione del negozio giuridico. — 1. — Ancora una volta — a nostro parere — il Reichsgericht ha dimostrato di dare una interpretazione sforzata ed inaccettabile del principio del § 242 BGB (« il debitore è tenuto a compiere la prestazione secondo è richiesto dalla buona fede, avuto riguardo all'uso dei comuni rapporti »). Considerare illecito l'effettivo esercizio di un diritto esplicitamente riservato nel contratto, per il semplice fatto che il titolare di esso non abbia sufficientemente avvertito la controparte circa la gravità della riserva e che la controparte abbia manifestamente aspettato che di tal diritto non venisse fatto uso in pratica, significa sovvertire pericolosamente tutto il sistema contrattuale, cui è e deve essere a base l'esigenza della sicurezza nelle contrattazioni.

Già altrove (cfr. GUARINO, *Il principio della buona fede nella interpretazione del negozio giuridico*, in nota alla sent. n. 163 *infra*), ho avvertito che, per buona fortuna, l'indirizzo giurisprudenziale germanico, di cui è non ultimo esponente la sentenza qui commentata, non trova alcun riscontro in Italia. È ancora recente, ed altamente significativa, la seguente massima del supremo Collegio, a proposito dell'art. 1124, che pare *grosso modo* corrispondere al § 242 BGB: « Il principio sancito dall'art. 1124, per cui i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, non importa che in omaggio alla buona fede e all'equità si possa modificare quello che è il preciso e concreto contenuto della volontà delle parti » (Cass. 16. 6. 1934, MassFI 1934, 319).

Nè vi può essere il dubbio su ciò, che il § 242 BGB abbia una sfera di applicazione diversa da quella dell'art. 1124 cod. civ., il cui tenore è che « i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano ». La dottrina e la giurisprudenza più recenti sono concordi nel negare all'art. 1124 il valore di mera norma interpretativa, e nel riconoscergli il carattere di norma, per così dire, « interpretativa-integrativa », rivolta non solamente al giudice, ma anche alle parti (v., in questo senso, MESSINA, *L'interpretazione dei contratti* [Macerata, 1906] p. 13 s., p. 32; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo al contratto* [Padova, 1938] p. 12 s.; GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione* [Milano, 1939] 137 s.; v. anche, da ultimo, Cass. 9. 4. 1938, RDCo 1938, II, 409 e le numerose sentenze da me riportate nello studio più sopra citato; v. tuttavia, in senso nettamente contrario, ma con pochi argomenti, PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, 2° [Padova, 1937], p. 13 s.). Ciò dato, la norma del § 242 BGB non solo collima con quella dell'art. 1124 cod. civ., ma può dirsi addirittura più ristretta e meno elastica di essa, in quanto che accenna soltanto ad un obbligo del debitore a compiere la prestazione di buona fede: ragione di più per negare il fondamento della decisione del Reichsgericht qui annotata.

Quanto al concetto di « buona fede », è ormai universalmente riconosciuto che la « buona fede » dell'art. 1124 cod. civ. non è intesa in senso subiettivo (corrispondente alla « gute Glaube » del diritto germanico), ma in senso obbiettivo: essa collima cioè perfettamente col concetto di « Treu und Glauben » del § 242 BGB (cfr. sul punto, da ultimo, GIANNINI, *op. cit.*, p. 143²¹). Senonchè non è possibile ammettere che il concetto della buona fede obbiettiva nei rapporti tra debitore e creditore possa assurgere a tal grado di importanza, da rappresentare l'elemento determinante per le sorti del negozio giuridico, non pure in confronto di una dichiarazione di volontà ambigua, ma in confronto di una dichiarazione esplicita e sicura, quale è la espressa riserva di esercitare un diritto fatta da una delle parti. Non va dimenticato, infatti, che l'art. 1124 dice che i contratti obbligano, in prima linea, a quanto è in essi esplicitamente dichiarato (« I contratti... obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche... »). Assolutamente insostenibile pertanto deve apparire l'assunto del debitore, il quale si rifiuti di adempiere l'obbligazione, per il fatto che il creditore ha effettivamente esercitato un diritto riservatosi in contratto, avendo tuttavia a suo tempo ommesso di prospettargli tutta la gravità della riserva.

2. — Sin qui abbiamo parlato *de iure condito*, ma non sarà inopportuno qualche piccolo cenno *de iure condendo*. È recentissima infatti la pubblicazione della prima parte del progetto definitivo del nuovo Libro delle Obligazioni, compilato sotto la guida del Guardasigilli Grandi in sostituzione del progetto italo-francese del 1927 (cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice Civile - Libro delle obbligazioni*, testo e relazione del Guardasigilli alla prima parte del progetto ministeriale [Roma, 1940], bozze di stampa). Detto progetto — che diverrà prestissimo legge e, crediamo, senza sostanziali modificazioni — allontanandosi dalla tradizione italo-francese, per cui perno della disciplina del diritto delle obbligazioni era la disciplina dei contratti in generale, contiene un ampio titolo I, intitolato « delle obbligazioni in generale », che tratta successivamente (in altrettanti capi) dei seguenti argomenti: concetto e fonti delle obbl., contenuto delle obbl., obbl. con pluralità di soggetti, prova delle obbl., adempimento delle obbl., inadempimento delle obbl., azioni surrogatoria e revocatoria, cessione dei crediti, assunzione del debito, modi di estinzione delle obbl. Segue a questo titolo un tit. II, relativo ai « contratti in generale ».

Noi non supremo, invero, plaudire a questa sistemazione esageratamente dogmatica, che porta visibilmente il legislatore a delle prolissità di formulazione e a delle ripetizioni inutili, e forse dannose, di concetti. Un esempio delle imperfezioni create da questo eccessivo dogmatismo legislativo — che è, giova dirlo, ancor più pronunciato di quello, già notevole, del codice civile tedesco — ci è appunto fornito dalla disciplina normativa del principio di buona fede.

Nel tit. II del libro delle obbligazioni, il capo V (« Degli effetti dei contratti ») si apre con una disposizione (art. 238), che riproduce esattamente il principio dell'art. 1124 cod. 1865, mettendo esplicitamente in rilievo il carattere interpretativo-integrativo della norma: « I contratti debbono essere eseguiti di buona fede e obbligano le parti non solo a ciò che nei medesimi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo la legge, l'uso o l'equità ne derivano ». Ma già l'articolo 73 del tit. I (capo V: « Dell'adempimento delle obbligazioni ») si era rifatto all'art. 1124 cod. 1865, affermando (comma 2) che « il debitore, nell'eseguire la prestazione, deve comportarsi secondo le regole della buona fede ».

Ora, o l'art. 238 è un doppione dell'art. 73 del Progetto, oppure ad esso bisogna conferire un significato e una portata diversa, che possono anche indurre i futuri interpreti del codice a riconoscere l'operatività, nel nostro diritto, del principio di buona fede con la medesima ammissibile latitudine del principio del « Treu und Glauben », di cui al § 242 BGB. Nella relazione al progetto (p. 81) il Guardasigilli, che nulla ha detto a proposito dell'art. 73, cerca di spiegare l'art. 238 come una ripetizione, ma come una ripetizione che non è inutile, perchè serve ad « affermare che di buona fede deve essere anche esercitato il diritto ». Ma la spiegazione non convince, perchè, se mai, l'affermazione che di buona fede deve essere esercitato anche il diritto, andava fatta nel tit. I, cioè in sede generale, non nel titolo relativo specificamente ai contratti.

La verità è, a nostro avviso, questa, che l'art. 238 sta bene dove è, in quanto che vi esercita una provvida funzione non solo di interpretazione, ma anche di integrazione delle eventuali dichiarazioni di volontà ambigue delle parti, mentre l'affermazione dell'art. 73, comma 2, è assolutamente

