L'Istinto Italiano di Studi Legislativi, fundinto nel 1925, cretto in ente morale con R. decreto 29 navembre 1987, n. 2498 e regolate 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 storie applicate al dicitto e, suprarutto, gli studi di Diritto Comparato.

I soci dell'Istituto hanno i seguenti diritti e abblighie

Suci oudinant, onche memberi (compress Biblioteche ca Enti) Diriti; concessione gratuita dell' s Annuario di Diritte Comparato e di Studi Legislativia, scoato del 16 % per le altre Riviste, Obblighi : quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 100.

Soci Benementi, anche stranteri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti: concessione gratuits di tutte le Riviste (meno il « Reportorio della Legislazione Mandiale »). Obblighi : quota

Per tursi i soci obbligo del rimburso delle opese postati.

Per la nomina a sucio, espermerne il desiderio scrivendo all'Isoturo, Home, Ministero di Genzia e Cinstinia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Isninito Italiuno di Sindi Legislativi, gegrinodet im Jahre 1925, susgestattet mit juristischer Personlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch das Gesetz vom 22. Juni 1939, Nr. 992, 1st ein unpolitischer Verein, des zum Gegenet and gesetzgeberische Studien hat, inshesondere Studien über Statistik, Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf das Recht, und vor allem die Rechtsvergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rachte und Verpflichtungen:

Ondentische Mitelinden, auch Ausländer (einschliesslich Bibliotheken und senstige Anstalten). Rechte: Evetenlose Lieferung des Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetzgebangsstudien »; ein Skonto von 10 % für die andern Zeitschriften. Verpflichtungen : Eintragungsgebühr 20 Lure; jährlicher Beitrag 100 Lire.

LEBETSENFULTEDER, auch Ausländer (einschliesalich Bibliotheken und sonetige Austalten). Rechte: kastentose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des eRepertoriums der Weltgesetsgebung »). Verpfliehtungen, jährlicher Beitrag 1000 Lire.

Die Portospesen gehen stets zu Lasten der Mitglieder.

Antrage um Ernennung zum Mitglied sind zu richten an das Istante Ivaliane di Studi Legislatief, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

Anno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spediz. in abbonam. postale (4º Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

GERMANIA

lediglich zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff in den Körper des Patienten eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff StBB. sei, und dass der Arzt widerrechtlich handle. wenn er sein Recht nicht aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse 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 Strafrechtsentwürfe 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.

S. 393; Bay. Obl.G. (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 geschen 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 Seuchen-

bekämpfung.

Von besonderem Interesse erscheint das Urteil für die künftige Rechtsentwicklung. Das Reichsgericht hat es bisher stets abgelehnt, ein besonderes ärztliches Berufsrecht anzuerkennen. Der ents hiedene 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 pflichtenfrei. 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 collet-TIVO 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 IN-DIVIDUAL 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 principii della buona fede (Treu und Glauben), omesso di rendere edotta l'altra parte sulla gravità ed effettività della riserva, di cui questa manifestamente 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 sè e pretenda di far sopportare solo all'altro contraente i danni derivanti dalla inosservanza del centratto.

Die Ausübung eines vorbehaltenen Rechts kunn nach § 242 BCB. 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 fehlwenn 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 sieh 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 fade 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, 2º [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 clastica 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 subbiettivo (corrispondente alla « gute Glaube » del diritto germanico), ma in senso sibiettivo: essa collima cioè perfettamente col concetto di « Treu und Glauben » del § 242 BGB (cfr. sul punto, da ultimo, Glannin, 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 omesso 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 Obbligazioni, compilato sotto la guida del Guardasigilli Grandi in sostituzione del progetto italo-francese del 1927 (cfr. Ministera del Guardasigilli Grandi in sostituzione 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 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 sapremmo, 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 amplissima latitudine del principio del « Tren 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 inopportuna e, per gli stessi motivi che hanno operato in Cermania, anche grandemente pericolosa.

Risulta dalla Relazione (p. 27) che, in fondo, l'affermazione, per cui il debitore è tenuto a comportarsi secondo le regole della buona fede, non è che la premessa necessaria del principio enunciato nell'art. 74: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve impiegare la diligenza di un buon padre di famiglia ». L'art. 74 avrebbe dunque lo scopo di «determinare il grado e la misura del contegno attivo che il debitore deve tenere », contegno che l'art. 73 vuole sempre improntato alle regole della buona fede. Ma non pare, in verità, che questo ragionamento colga nel segne, tanto più se si riconosca, con la relazione (p. 81 cit.), che il principio di buona fede deve dominare non soltanto il contegno del debitore, ma anche quello del creditore. Può anche ammettersi che la determinazione della diligenza nell'adempimento (art. 74) promani direttamente dalla necessità di attenersi alle regole della buona fede, ma indubbiamente il principio dell'art. 73 pervade un campo di applicazione molto più ampio e può anche determinare (anche se ingiustificatamente) un indirizzo di dottrina e di giurisprudenza corrispondente a quello derivato, nella Germania nazionalsocialista, dal § 242 BGB.

A prescindere dalla valutazione della opportunità o meno di fissare in termini espliciti, nel nuovo libro delle obbligazioni, la misura della diligenza, che deve avere il debitore nell'adempimento, noi riteniamo – in conclusione – inopportuno e pericoloso l'enunciato del comma 2 dell'articolo 73 nel Libro delle Obbligazioni. [Prof. Antonio Guarino].

131). RG. 4. 6. 1937; RGZ. vol. 155, p. 148; JW. 1937, p. 2266 c inoltre Siebert in JW. 1937, p. 2495.

- SLEALE DIFFERIMENTO DELL'ESERCIZIO DI UN DIRITTO DECADENZA.
- TREUWIDRIGE VERSPÄTUNG DER GELTENDMACHUNG EINES RECHTS VERWIRKUNG.
- Unfair deferment in enforcement of a right Debarring.
- RETARD ILLOYAL DE L'EXERCICE D'UN DROIT DÉCHÉANCE.

La decadenza da un diritto per effetto del suo mancato esercizio per un tratto prolungato di tempo e del concorso di circostanze speciali (Verwirkung), può considerarsi come un caso particolare di illecito esercizio di un diritto.

Un diritto è da riguardare come decaduto, nel senso ora detto, quando il ritardo frapposto all'esercizio di esso sembra contrastare ai principii della buona fede (Treu und Glauben). Tale è anzitutto il caso in cui il debitore ha dovuto desumere dal comportamento del creditore la convinzione che questi non intendesse più far valere il suo diritto, e ha creduto di non dover più calcolare sull'esercizio di tale diritto. Ma con ciò non è punto esaurita la cerchia delle circostanze speciali, date le quali il ritardato esercizio di un diritto contrasta ai principii della buona fede (Treu und Glauben).

L'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, il pensiero della collettività, l'equo riguardo alla situazione dell'obbligato, gli usi del commercio giuridico, «la tutela dell'affidamento, il concreto dovere giuridico di far valere i propri diritti », sono tutti elementi, i quali richiedono che ognuno si comporti in ordine all'esercizio dei diritti così, come dovrebbero agire tutti per realizzare in massimo grado l'utile della collettività.

Verwirkung ist ein Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung. Ein Anspruch ist verwirkt, wenn die verspätete Geltendmachung als Verstoss gegen Treu und Glauben empfunden wird. Das ist zunächst der Fall, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers hat entnehmen müssen, dass dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, dass er mit diesem Anspruch nicht mehr zu rechnen brauche. Damit ist aber der Kreis der besonderen Umstände, unter denen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstösst, nicht erschöpft.

Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten, die Verkehrssitte, der «Vertrauensschutz, die konkrete Rechtspflicht zur Geltendmachung des Anspruchs» erfordern, dass der Einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes Einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre.

132). RG. 12. 11. 1936; RGZ. vol. 153, p. 59; JW. 1937, p. 1058.

- NEGOZIO GIURIDICO VIZIO DI FORMA « EXCEPTIO DOLI ».
- RECHTSGESCHÄFT FORMMÄNGEL ARGLISTEINREDE.
- _ Legal transaction Defect of form « Exceptio doli ».
- ACTE JURIDIQUE VICES DE FORME « EXCEPTIO DOLI ».

L'affermazione incidentale del Reichsgericht (sent. 2 giugno 1932, VIII, 136/32), secondo la quale si può replicare con l'exceptio doli all'eccezione di nullità di un negozio per vizio di forma, solo in quanto l'altra parte abbia per lo meno concorso col proprio comportamento a causare il vizio stesso, è, come tale, inesatta. Con formulazione più limitata deve dirsi che l'eccezione di dolo non può, da nessuna delle parti, venire fondata sul puro e semplice fatto, non suffragato da altre circostanze, che entrambe hanno scientemente – meno che mai se inscientemente – violato le disposizioni di legge e hanno poi, per lungo tempo, considerato il negozio come valido.

Wenn das Reichsgericht gelegentlich (Urteil vom 2. 6. 1932, VIII 136/32) gesagt hat, die Einrede der Arglist könne gegenüber der Nichtigkeit infolge Formmangels nur zugelassen werden, wenn der Partei ein Verhalten zur Last falle, das den Formmangel zum wenigsten mitverursacht habe, so ist das missverständlich und bedarf der Einschränkung. Es kann keine Partei mit der Einrede der Arglist gehört werden, wenn weiter nichts vorliegt, als dass beide Vertragsteile bewusst – noch weniger aber wenn unbewusst – gegen die gesetzliche Vorschrift verstossen und dann jahrelang das Geschäft als giltig behandelt haben.

133), RG. 30, 10, 1936; RGZ. vol. 152, p. 268; JW. 1937, p. 297.

- Legislazione valutaria Effetti sui contratti dei privati Doveri generali dei cittadini.
- Devisencesetzcebung Einfluss auf die Privatverträge Allgemeine Pflichten der Volksgenossen.
- Legislation on foreign currency Effect on private contracts General duties of german nationals.
- Législation des devises Effets sur les contrats privés Obligations générales des citoyens.

L'assicurato sulla vita, il quale prevede di non poter più, tra breve, ottenere l'autorizzazione al pagamento dei premi del contratto di assicurazione stilato in dollari, è tenuto, ai sensi del § 242 cod. civ., ad ovviare, in quanto possibile, alle difficoltà che in conseguenza di ciò si frappongono al normale svolgimento del rapporto contrattuale.

Ogni cittadino tedesco (Volksgenosse) e, in generale, chiunque abbia in Germania il suo domicilio o la sua abituale dimora, è tenuto, per quanto possibile, ad ovviare agli inconvenienti connessi alla situazione valutaria del Reich e alla conseguente legislazione sulle divise: agisce contro i principii della buona fede (Treu und Glauben) chi tenti di profittare di simile stato di cose per trarne per sè dei vantaggi, cui altrimenti non avrebbe potuto aspirare.

Sieht der Versicherungsnehmer bei einer Dollarlebensversicherung, dass er in absehbaber Zeit die Genehmigung zur Zahlung der Prämien in Devisen nicht mehr erhalten wird, so ist er nach § 242 BGB. verpflichtet, die dadurch entstehenden Schwierigkeiten im Rahmen des Vertrages soweit wie möglich zu lösen.

Jeder Volksgenosse und jeder andere, der im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist gehalten, die aus der Devisennotlage des Reichs und aus der durch sie veranlassten Devisengesetzgebung hervorgehenden Schwierigkeiten nach Möglichkeit zu beseitigen; wer etwa versucht aus diesen für sich besondere Vorteile zu ziehen, auf die er bei Nichtvorhandensein der Schwierigkeiten keinen Anspruch hätte, handelt gegen Treu und Glauben.

Osservazioni. - Il regime giuridico dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione nel diritto italiano. -- 1. - La massima cnunciata dal Reichsgericht interpreta molto corL'Istimo Italiano di Suddi Legislanvi, fondato nel 1925, eretto in ente morale con R. dececto 29 novembre 1937, n. 2400 e regolato con legge 22 gingno 1939, n. 192, è un'associazione apolitica, avente per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quello di statistica, economia e storia applicate al diritto e, sopratutto, gli atudi di Diritto Comparato.

I som dell'Istituto hanno i seguenti dicitti e obblighi:

Soui ordinari, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti : concessione gratuita dell' « Annuatio di Diritto Comparato e di Studi Legislativi »: econto del 10 % per le altre liviste. Obblighi : quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 100

Soci Beneaueuri, anche stranieri (compress Ribhoteche ed Euri). Diritti: concessione gratuite de Riviste (meno il «Repertorio della Legislazione Mondiale»). Obblighi: quoto annuale, Lire 1000.

Per tutti i soci obbligo del rimborco delle spece postali.

Per la nomina a socio, esprimerne il desiderio sprivendo all'Isusulo, Roma, Ministero di Grazia e Cuistizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Rahano di Scudi Legislativi, gegrundet im Jahre 1925, ausgestattet mit juristischer Personlichkeit durch Kgl. Erless 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 übrer Anwendung auf das Recht, und vor allem die Rechtsrergieichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpfliehtungen;

ORDENTIZCHE MITOLITERE, auch Ausländer (einschlieseich Bibliotheken und sonstige Austalten). Reelee: k os ten lose Liefering des «Jahrbuchs für Bechtsvergleichung und Gesetzgebungsstadien»; ein Skonto von 10 % für die andern Zeitschriften. Verpflichungen: Eintragungsgebähr 20 Lire; jährlicher Beitrag 100 Lire.

Esperarreileben, auch Auslander (einschliesslich Bibliotheken und sonstige Austalten).
Rechte: kostenlose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertoriums der Weitgesetzgebungs). Verpflichungen: jährlicher Beitrag 1600 Lire.

Die Porrospesco gebeu siets zu Lasten der Mitglieder

Antrage um Ernranung zum Mirghed sind zu richten an das Ismeue Italium di Studi Legislanivi, Roma, Ministero di Grazia e Giusticia. Anno VI - pubbl, il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis. in abbonom. postale (4º Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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
DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA • MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX CERMANIA

inopportuna e, per gli stessi motivi che hanno operato in Cermania, anche grandemente peri-

Risulta dalla Relazione (p. 27) che, in fondo, l'affermazione, per cui il debitore è tenuto a comportarsi secondo le regole della buona fede, non è che la premessa necessavia del principio enunciato nell'art. 74: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve impiegare la diligenza di un buon padre di famiglia ». L'art. 74 avrebbe dunque lo scopo di «determinare il grado e la misura del contegno attivo che il debitore deve tenere », contegno che l'art. 73 vuole sempre improntato alle regole della buona fede. Ma non pare, in verità, che questo ragionamento colga nel segno, tanto più se si riconosca, con la relazione (p. 81 cit.), che il principio di buona fede deve dominare non soltanto il contegno del debitore, ma anche quello del creditore. Può anche ammettersi che la determinazione della diligenza nell'adempimento (art. 74) promani direttamente dalla necessità di attenersi alle regole della buona fede, ma indubbismente il principio dell'art. 73 pervade un campo di applicazione molto più ampio e può anche determinare (anche se ingiustificatamente) un indirizzo di dottrina e di giurisprudenza corrispondente a quello derivato, nella Germania nazionalsocialista, dal § 242 BGB.

A prescindere dalla valutazione della opportunità o meno di fissare in termini espliciti, nel nuovo libro delle obbligazioni, la misura della diligenza, che deve avere il debitore nell'adempimento, noi riteniamo – in conclusione – inopportuno e pericoloso l'enunciato del comma 2 dell'articolo 73 nel Libro delle Obbligazioni. [Prof. Antonio Guarino].

131). RG. 4. 6. 1937; RGZ. vol. 155, p. 148; JW. 1937, p. 2266 e inoltre Siebert in JW. 1937, p. 2495.

- Sleale differimento dell'esercizio di un diritto Decadenza.
- TREUWIDRIGE VERSPÄTUNG DER GELTENDMACHUNG EINES RECHTS VERWIRKUNG.
- Unfair deferment in enforcement of a hight Debarring.

- RETARD ILLOYAL DE L'EXERCICE D'UN DROIT - DÉCHÉANCE.

La decadenza da un diritto per effetto del suo mancato esercizio per un tratto prolungato di tempo e del concorso di circostanze speciali (Verwirkung), può considerarsi come un caso particolare di illecito esercizio di un diritto.

Un diritto è da riguardare come decaduto, nel senso ora detto, quando il ritardo frapposto all'esercizio di esso sembra contrastare ai principii della buona fede (Treu und Glauben). Tale è anzitutto il caso in cui il debitore ha dovuto desumere dal comportamento del
creditore la convinzione che questi non intendesse più far valere il suo diritto, e ha creduto
di non dover più calcolare sull'esercizio di tale diritto. Ma con ciò non è punto esaurita
la cerchia delle circostanze speciali, date le quali il ritardato esercizio di un diritto contrasta ai principii della buona fede (Treu und Glauben).

L'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, il pensiero della collettività, l'equo riguardo alla situazione dell'obbligato, gli usi del commercio giuridico, «la tutela dell'affidamento, il concreto dovere giuridico di far valere i propri diritti », sono tutti elementi, i quali richiedono che ognuno si comporti in ordine all'esercizio dei diritti così, come dovrebbero agire tutti per realizzare in massimo grado l'utile della collettività.

Verwirkung ist ein Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung. Ein Anspruch ist verwirkt, wenn die verspätete Geltendmachung als Verstoss gegen Treu und Glauben empfunden wird. Das ist zunächst der Fall, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers hat entnehmen müssen, dass dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, dass er mit diesem Anspruch nicht mehr zu rechnen brauche. Damit ist aber der Kreis der besonderen Umstände, unter denen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstösst, nicht erschöpft.

Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten, die Verkehrssitte, der « Vertrauensschutz, die konkrete Rechtspflicht zur Geltendmachung des Anspruchs » erfordern, dass der Einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes Einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre.

132). RG. 12. 11. 1936; RGZ. vol. 153, p. 59; JW. 1937, p. 10584.

- NEGOZIO GIURIDICO VIZIO DI FORMA « EXCEPTIO DOLI ».
- Rechtsgeschäft Formmängel Arglisteinrede.
- Legal transaction Defect of form « Exceptio doli ».
- ACTE JURIDIQUE VICES DE FORME « EXCEPTIO DOLI ».

L'affermazione incidentale del Reichsgericht (sent. 2 giugno 1932, VIII, 136/32), secondo la quale si può replicare con l'exceptio doli all'eccezione di nullità di un negozio per vizio di forma, solo in quanto l'altra parte abbia per lo meno concorso col proprio comportamento a causare il vizio stesso, è, come tale, inesatta. Con formulazione più limitata deve dirsi che l'eccezione di dolo non può, da nessuna delle parti, venire fondata sul puro e semplice fatto, non suffragato da altre circostanze, che entrambe hanno scientemente – meno che mai se inscientemente – violato le disposizioni di legge e hanno poi, per lungo tempo, considerato il negozio come valido.

Wenn das Reichsgericht gelegentlich (Urteil vom 2. 6. 1932, VIII 136/32) gesagt hat, die Einrede der Arglist könne gegenüber der Nichtigkeit infolge Formmangels nur zugelassen werden, wenn der Partei ein Verhalten zur Last falle, das den Formmangel zum wenigsten mitverursacht habe, so ist das missverständlich und bedarf der Einschränkung. Es kann keine Partei mit der Einrede der Arglist gehört werden, wenn weiter nichts vorliegt, als dass beide Vertragsteile bewusst – noch weniger aber wenn unbewusst – gegen die gesetzliche Vorschrift verstossen und dann jahrelang das Geschäft als giltig behandelt haben.

133). RG. 30. 10. 1936; RGZ. vol. 152, p. 268; JW. 1937, p. 297.

- LEGISLAZIONE VALUTARIA EFFETTI SUI CONTRATTI DEI PRIVATI DOVERI GENERALI
 DEI CITTADINI.
- Devisengesetzgebung Einfluss auf die Privatverträge Allgemeine Pflichten der Volksgenossen.
- Legislation on foreign currency Effect on private contracts General duties of german nationals.
- LÉGISLATION DES DEVISES EFFETS SUR LES CONTRATS PRIVÉS OBLIGATIONS GÉ-NÉRALES DES CITOYENS.

L'assicurato sulla vita, il quale prevede di non poter più, tra breve, ottenere l'autorizzazione al pagamento dei premi del contratto di assicurazione stilato in dollari, è tenuto, ai sensi del § 242 cod. civ., ad ovviare, in quanto possibile, alle difficoltà che in conseguenza di ciò si frappongono al normale svolgimento del rapporto contrattuale.

Ogni cittadino tedesco (Volksgenosse) e, in generale, chiunque abbia in Germania il suo domicilio o la sua abituale dimora, è tenuto, per quanto possibile, ad ovviare agli inconvenienti connessi alla situazione valutaria del Reich e alla conseguente legislazione sulle divise: agisce contro i principii della buona fede (Treu und Glauben) chi tenti di profittare di simile stato di cose per trarne per sè dei vantaggi, cui altrimenti non avrebbe potuto aspirare.

Sieht der Versicherungsnehmer bei einer Dollarlebensversicherung, dass er in absehbaber Zeit die Genehmigung zur Zahlung der Prämien in Devisen nicht mehr erhalten wird, so ist er nach § 242 BGB, verpflichtet, die dadurch entstehenden Schwierigkeiten im Rahmen des Vertrages soweit wie möglich zu lösen.

Jeder Volksgenosse und jeder andere, der im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist gehalten, die aus der Devisennotlage des Reichs und aus der durch sie veranlassten Devisengesetzgebung hervorgehenden Schwierigkeiten nach Möglichkeit zu beseitigen; wer etwa versucht aus diesen für sich besondere Vorteile zu ziehen, auf die er bei Nichtvorhandensein der Schwierigkeiten keinen Anspruch hätte, handelt gegen Treu und Glauben.

Osservazioni. – Il regime giuridico dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione nel diritto italiano. – 1. – La massima enunciata dal Reichsgericht interpreta molto cor-

GERMANIA

rettamente la lettera e le spirito della disposizione del § 265 BGB e deve quindi incondizionatamente

La soluzione del diritto italiano in merito al problema della impossibilità sopravvenuta della prestazione è analoga a quella del diritto tedesco. L'art. 1225 cod. civ. stabilisce che il debitore inadempiente è esonerato da ogni sua responsabilità solo quando provi che « una causa estranea. a lui non imputabile » sia sopravvenuta a rendergli impossibile l'adempimento; ed aggiunge l'art. 1226 che il debitore non è tenuto a risarcire il danno, quando provi che, in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito, fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, ovvero ha fatto ciò che gli era victato. Ne risulta - secondo l'interpretazione più ovvia-che l'obbligazione è sciolta tutte le volte che un fatto obbiettivo, indipendente dalla volontà del debitore abbia reso assolutamente impossibile a costui di effettuare la prestazione (v., sull'argomento, da ultimo, Torrente, In tema di impossibilità sopraggiunta della prestazione, in Giurisprudenza comparota di diritto civile, II, p. 259; cfr. anche, quanto alla giurisprudenza, da ultimo, Cass. 15.6.1936 GIRep 1936, voce Obbligazioni e contratti, n. 251, e App. Bari 19. 7. 1937, in Corte di Bari 1937.

2. - La dottrina suole inquadrare - come è noto - le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione nella così detta « teoria dell'inadempimento delle obbligazioni », nella quale si fanno rientrare inoltre le ipotesi di mora, sia solvendi che credendi (v., in proposito, DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, III, p. 115 s.). L'inadempimento - si dice - può essere definitivo, in quanto la prestazione sia divenuta impossibile, ma può essere anche temporaneo, in quanto in un ritardo nel prestare incorra il debitore o in un ritardo nel ricevere incorra il creditore.

Scopo di questa breve nota è di lasciare da parte il secondo gruppo di ipotesi e di toccare invece più da vicino la teoria del così detto «inadempimento in senso stretto », cioè dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ai fini di una valutazione dei problemi che si pongono al nostro legislatore nella riforma, ormai imminente, del diritto delle obbligazioni (cfr., sul punto, Osti, Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, RDC 1918, 209 s. 313 s., 417 s.; Giovene, Sulla impossibilità della prestazione, RDCo 1919, 1. 302 s.; Ancora sulla impossibilità della prestazione, RDC 1919, 342 s., con Postilla dell'Osti, p. 352; Segnè, Sulla teorio della impossibilità della prestazione, in Scritti giuridici I, p. 386 s.).

Senonchè, non può farsi a meno di notare che, quando dalla considerazione delle ipotesi di inadempimento (impossibilità, ritardo) si passi alla considerazione delle sue cause, si vede subito che una netta distinzione va posta tra il caso che l'inadempimento sia volontario (per dolo o per colpa) e quello in cui esso sia involontario. Le teorie della impossibilità sopravvenuta e della mora, che possono sembrare a tutta prima tanto divergenti, si avvicinano, sotto questo profilo, sensibilmente, e la ripercussione pratica più notevole si ha nella determinazione degli effetti dell'inadempimento da parte del debitore. Le cause del sopraggiungere di una impossibilità della prestazione possono essere, invero, di tre specie: dolo, colpa, caso; bisogna distinguere, in una parola, tra cause volontarie e cause involontarie. Quanto al ritardo nella prestazione (la quale rimane, beninteso, tuttora possibile), egualmente s'ha da distinguere tra cause volontarie e cause involontarie: nel primo caso si ha la mora in senso tecnico (colpevole indugio), nel secondo caso si ha un fenomeno di impossibilità temporanea della prestazione.

Ora, appunto una radicale diversità di effetti producono le cause dell'inadempimento, a seconda che siano o no volontarie. Tanto se un fatto estranco alla volontà del debitore ha prodotto una impossibilità permanente, quanto se esso ha prodotto una impossibilità temporanea della prestazione. il debitore trovasi ad essere esonerato da ogni responsabilità, rispettivamente per la mancata o per la ritardata prestazione: non solamente egli non effettua la prestazione (in via definitiva o temporanea), ma non è tenuto a risarcire il danno subito dal creditore. Se invece l'atteggiamento doloso o colposo del debitore ha determinato la impossibilità della prestazione o se il suo atteggiamento colposo (per limitarci alla mora debendi) ha prodotto il ritardo, in ogni caso il debitore è tenuto a risarcire il danno subito dal creditore per la mancata o ritardata prestazione (la varia misura del risarcimento qui non interessa). Quanto alla mora credendi, essa provvede all'unica ipotesi in cui può avere rilievo l'atteggiamento colpevole del creditore nella determinazione del non adempimento del debitore: è evidente che il creditore non ha interesse a produrre la impossibilità della prestazione e che, in ogni caso, se questa dipenda dal suo atteggiamento colpevole, egli ne sopporta automaticamente la sanzione per il fatto che il debitore non è tenuto a risarcirlo dei danni del mancato adempimento; l'unica ipotesi degna di rilievo è dunque quella di un suo colpevole indugio nell'accipere, dal quale scaturisce l'obbligo di risarcire i danni eventualmente subiti dal debitore.

Contrariamente a quanto assume la comune dottrina (cfr. Dg Ruggiero, cit. 1161 s.), bisogna ritenere, in conclusione, che il criterio razionale da adottarsi nello studio della così detta « teoria dell'inadempimento » non sia quello di prendere in considerazione le ipotesi di non adempimento (impossibilità o ritardo), ma sia piuttosto quello di esaminare le cause, e correlativamente gli effetti collegati al fenomeno generale del non adempimento di una obbligazione da parte del debitore. Ma occorre anche avvertire che, da un punto di vista strettamente concettuale, la «teoria dello inadempimento » non esiste, finchè manca assolutamente un denominatore comune, atto a caratterizzare in maniera inconfondibile le ipotesi tutte che in essa si fanno rientrare.

« Inadempimento » non è un concetto positivo, ma negativo: esso deve essere determinato in relazione al concetto di «adempimento». Dato che l'adempimento consiste nella esecuzione della prestazione dovuta da parte del debitore, deve dunque dirsi che si ha inadempimento tutte le volte in cui il debitore non soddisfa il creditore, non esegue cioè il suo obbligo, sia che non lo esegua del tutto, sia che non lo esegua parzialmente, sia ancora che non lo esegua nel termine dovuto, sia infine che giunga ad estinguere l'obbligazione in qualunque altro modo (novazione, compensazione, confusione, ecc.). Di fronte a questo ragionamento, si vede come la limitazione della teoria dell'inadempimento alle due sole ipotesi della impossibilità sopravvenuta della prestazione e della mora sia alquanto arbitraria. Antiscientifica sarebbe, d'altronde, una « teoria dell'inadempimento » che abbracciasse in sè tutte le ipotesi di non adempimento da parte del debitore: la eterogeneità evidente di tutte queste ipotesi osterebbe la costruzione della teoria.

Io ritengo che sia più utile e meno complicato ripartire, in base ai loro effetti caratteristici, le ipotesi di non adempimento da parte del debitore tra la teoria dei modi di estinzione dell'obbli-

gazione, quella dell'adempimento, o infine, se mai, quella colpa contrattuale.

L'impossibilità definitiva dell'adempimento produce, se dovuta a causa estranea non imputabile al debitore, l'estinzione dell'obbligazione ipso iure: lungi dall'essere l'ipotesi tipica dell'inadempimento, essa è una ipotesi di estinzione dell'obbligazione senza adempimento, da inquadrare accanto alle altre più note. L'impossibilità temporanea, egualmente non dovuta a cause volontarie, è invece produttiva di un ritardo dell'adempimento, non dà luogo a risarcimento, ma può ben far parte della teoria dell'adempimento. Nella teoria dell'adempimento rientra, in fondo, la mora del creditore, in quanto che la disciplina dell'istituto è principalmente prevista al fine di assicurare l'adempimento anche nel caso di colpevole indugio del creditore nell'accipere. Quanto alle ipotesi di dolo e colpa come produttivi di impossibilità della prestazione e di mora del creditore, siamo in cospetto di cause volontarie di non adempimento, che determinano la genesi di un obbligo al risatcimento dei danni: la costruzione di una « teoria dell'inadempimento » su queste ipotesi è visibilmente arbitraria, mentre l'economia del sistema reclama addirittura l'inquadramento di esse nella teoria dell'adempimento, in considerazione del fatto che la esecuzione della prestazione o avviene, sia pur ritardata, o, non potendo più avvenire, è trasformata in quello che per definizione è il suo equivalente economico, l'id quod interest.

Tutto questo si è detto, non per una inutile disquisizione circa un problema di sistematica espositiva, che è di ben poca importanza, ma in vista della nuova legislazione italiana sul diritto delle obbligazioni, la quale - almeno stando al progetto ministeriale (Roma, 1940) - si inchina un po' troppo ad ogni sorta di ripartizioni sistematiche della materia, ingenerando il pericolo di una eccessiva astrattezza normativa e macchinosità sistematica del codice civile. Non giova alla legge, che è naturalmente destinata a regolare la vita vissuta dei rapporti giuridici, di tener in conto superlativo le distinzioni della dottrina; e tanto meno ciò può giovarle quando queste distinzioni appaiono principalmente dettate da criteri di opportunità espositiva. Poco utile e alquanto pericoloso deve apparire, in conclusione, il capo VI del titolo I (relativo alle « obbligazioni in generale »), capo che si intitola « Dell'inadempimento delle obbligazioni ».

Ma è tempo di restringere il nostro discorso alla impossibilità sopravvenuta della prestazione come causa di estiuzione dell'obbligazione.

Come si è detto dianzi (n. 1), la impossibilità della prestazione, per essere tale, deve essere – a norma degli artt. 1225-1226 – obbiettiva ed assoluta: obbiettiva, nel senso che non deve essere relativa al particolare subbietto giuridico cui incombe l'obbligo della prestazione; assoluta, nel senso che non deve essere relativa alla particolare fattispecie cui inerisce l'obbligazione. Giò affermando, non intendo riferirmi alla causa della impossibilità, cioè al «caso non imputabile» al debitore, di cui discorre l'art. 1225 cod. civ., ma alla natura della impossibilità stessa: il legislatore del 1865 non ha menomamente previsto l'ipotesi che la impossibilità sopravvenuta della prestazione possa consistere in una eccessiva onerosità della prestazione stessa per il debitore. Pure è questo un caso non infrequente ed anche di notevole importanza pratica: non solo cause estreme, quali un cataclisma o una guerra, possono determinare una difficoltà sopravveniente della prestazione (che non è tuttavia assoluta impossibilità), ma una eccessiva onerosità della prestazione può sopraggiungere, e spesso, nella agitata vita economica moderna e causa dei molteplici e subitanei impedimenti (dazi di protezione, embargos, ecc.) che rendono estremamente periglioso specialmente il commercio internazionale.

La guerra europea fece emanare al nostro legislatore un decreto legge rimasto famoso, il D.L. 27 maggio 1915 n. 739, per cui (art. 1) la guerra era da considerarsi caso di forza maggiore non solo quando rendesse assolutamente impossibile la prestazione, ma anche quando la rendesse eccessivamente onerosa per il debitore. Non è il caso di riesumare le dispute suscitate da questa norma, abrogata poi con D. L. 3 maggio 1920 n. 663. Il suo valore, come è stato ben rilevato (De Rucciero, cit., p. 133, nota 1), è principalmente consistito nella equiparazione della impossibilità relativa alla impossibilità assoluta della prestazione; ma non meno giustamente si è osservato (cfr. Scuro, Teoria generale delle obbligazioni, p. 863) che il fatto che un apposito decreto sia intervenuto a stabilire la equiparazione stessa, è la riprova che essa è, in base alle norme del codice civile, assolutamente impossibile.

D'altra parte non pare che i tentativi sinora fatti, per dimostrare l'esistenza di un principio di sopravvenienza contrattuale nel nostro diritto positivo, abbiano colto nel segno (v. in proposito Guarino, In tema di clausola « rebus sic stantibus », in Giurisprudenza comparata di diritto civile, vol. VI, p. 241 s.). Sopravvenienza contrattuale è una causa di estinzione dell'obbligazione identica, sebbene più limitata, rispetto alla impossibilità relativa: essa si identifica, in fondo, con la « presupposizione », e consiste nel venir meno di tutti quegli elementi di fatto che l'obbligato doveva aver presupposto come essenziali per la validità del contratto. Si è tentato, principalmente dall'Ostri (Appunti per una teoria della sopravvenienza, RDC 1913, p. 471 s.) e dal Giovene (Sul fondamento specifico della sopravvenienza, RDCo 1921, I, p. 155 s.), di darle un fondamento positivo, oltre che logico, ma anche l'ultimo assertore, in ordine di tempo, della sopravvenienza, il De Simone (Ancora sulla sopravvenienza contrattuale del diritto positivo, RDPr 1939, estr., pp. 1-30), ha dovuto convenire sulla insufficienza delle teorie sinora avanzate.

A mente del DE Simone (cit, p. 33 s.), l'istituto della sopravvenienza contrattuale trova il suo fondamento positivo nell'art, 1119 cod. civ., secondo cui «l'obbligazione senza causa non può avere alcun effetto ». È una teoria originale e interessante, che occorre esaminare con attenzione.

La soluzione del problema della sopravvenienza riposa, secondo il Dr Simone, in una retta concezione della causa. La causa non è un elemento che debba sussistere soltanto nel momento in cui il contratto si conclude; essa è invece un requisito, intimamente connesso con la volontà delle parti, che deve sussistere sino al momento della esecuzione del contratto. La mancanza di causa può essere, pertanto, originaria, e darà origine alla assoluta nullità del contratto, ma può essere altresì sopravvenuta, e darà motivo all'annullamento del negozio. A queste affermazioni, che l'autore basa su un esame delle opinioni di alcuni giuristi antichi e principalmente del DOMAT (Lois civiles, Sez. V, tomo I, n. 13), segue un riesame delle teorie sulla causa, volto a dimostrare (p. 52) che causa è a lo scopo cui ha mirato ciascun contraente ed il solo impulso al formarsi ed al manifestarsi della volontà di obbligarsi n.

Dato questo suo concetto di causa e data la interpretazione ch'egli fornisce dell'art. 1119.

è facile comprendere quali siano le conclusioni del DE SIMONE (p. 52 s.). Nei contratti sinallagmatici lo scopo di ciascun contraente non è – come generalmente suol dirsi – la controprestazione, perchè altrimenti esso verrebbe a confondersi con l'oggetto del negozio, ma è quello « di conseguire una utilità »; ma allora il sopraggiungere di una eccessiva onerosità della prestazione determina il venir meno della causa stessa del contratto (nonchè, anche, del consenso) e determina quindi l'annullabilità del contratto da parte del giudice. In conclusione, tutte le volte che una obbligazione sia contrattuale e che la causa venga meno per una ragione estrinseca ai contraenti, umanamente imprevedibile e non determinata da loro colpa (in senso lato), il contratto è annullabile e per conseguenza la prestazione non è più dovuta.

4. – A mio avviso la nuova teoria del De Simone, sul fondamento positivo della sopravvenienza contrattuale, può soddisfare soltanto a prima vista. Indubbiamente l'orientamento prescelto dall'autore è tra i migliori sin qui adottati ed il ragionamento su di esso basato sfrutta abilmente molti elementi di incertezza della teoria della causa, ma non è difficile dimostrare la loro erroneità.

Ancora una volta torna in ballo il problema annoso dei rapporti intercorrenti fra causa e motivi, fra causa e volizione delle parti, ma il ricsame dell'argomento non potrà portarci a conclusioni diverse da quelle che abbiamo raggiunto in altre occasioni (cfr. Guarino, I motivi illeciti
degli atti di liberalità secondo il progetto del codice civile, in Diritto e Giurisprudenza 1938, estr.;
Sui motivi illeciti delle disposizioni di ultima volontà, in Giurisprudenza comparata di diritto civile,
III. p. 11 s.).

È noto che, press'a poco, esistono altrettante teorie sulla causa, quanti sono gli autori che si sono occupati dell'argomento. Dette teorie possono, tuttavia, raggrupparsi, grosso modo, nella maniera seguente:

a) Un primo indirizzo è quello che attribuisce alla causa una natura subbiettiva (cfr., principalmente, Capitant, De la cause des obligations, p. 1 s.; Motta, La causa delle obbligazioni, p. 157 s.: BATTISTONI. La causa nei negozi giuridici, passim) e la definisce come il motivo ultimo, fondamentale, come il motivo giuridicamente rilevante perseguito dalle parti. La causa viene ad identificarsi con la volontà, ma assume una colorazione obbiettiva, in quanto che la si definisce come un elemento astratto, che non muta da negozio a negozio, ma caratterizza i singoli «tipi», se non addirittura ogni tipo di negozio in una medesima maniera. Ma è un indirizzo, questo, del tutto superato, che si risolve, in fondo, nella identificazione dell'elemento « causa » con l'elemento « consenso » e quindi nella negazione della causa (cfr. Malvagna. Il problema della causa nei contratti, RDC 1934, p. 118 s., 147 s., 213 s., 243 s.). Esorbita dai limiti di questa nota l'accennare alle molteplici e varie correnti in cui l'indirizzo «subbiettivo» a sua volta si ripartisce. Esso prende le mosse dalla più antica tradizione giuridica francese (cfr. Domat, Lois civiles, sez. V. tomo I, tit. I, n. 5 s.; Pothier, Obligations, n. 42 s.; Demolombe, Cours de Code Napoléon, XXIV, n. 346; Aubry et Rau, Cours de droit civil, IV, § 345) e trova in questi ultimi tempi non pochi consensi, e non solo nella dottrina francese, ma anche nella dottrina italiana (cfr. Pacchioni, Diritto civile italiano, II. Dei contratti in generale, p. 103 s.).

b) Un secondo indirizzo è quello che attribuisce alla causa una natura obbiettiva (cfr., principalmente, Coviello N., Manuale di diritto civile, I4, § 130; De Rucciero, Istituzioni cit., I, § 29) e la definisce come lo scopo pratico cui è rivolto il negozio, la sua ragione economico-giuvidica. La causa viene dunque, in base a questo indirizzo, ad essere nettamente differenziata dai motivi subbiettivi delle parti; essa rappresenta, come dice il De Ruggiero, la volontà della legge di fronte alla volontà privata. Si è obbiettato a questa concezione che accettarla «significa mettere in non cale la effettiva volontà dei contraenti e rivolgere la propria attenzione soltanto alle ordinarie finalità del negozio », si è detto che «il diritto talvolta non deve soffermarsi alla superficie, ma anzi deve spingere la sua indagine più in là per ricercare i fini contrattuali voluti dalle parti » (De Simone, cit., p. 45; efr. anche Lombardi, Motivo, in Diz. Pratico Dir. privato, p. 1306, nota 2). Ma son tutte critiche, queste, che si basano su punti di vista, i quali andrebbero a loro volta previamente dimostrati. Causa e motivi son concetti nettamente distinti e più che mai lo dimostra il nuovo Libro delle successioni e donazioni, in quanto dichiara nulle le disposizioni testamentarie

(art. 172) e le donazioni (art. 335) determinate da motivi illeciti: se, nel concetto del legislatore, causa fosse qualcosa di analogo a motivo, non occorrerebbero questi due articoli ad infirmare le disposizioni testamentarie e le donazioni, bastando l'art. 1119 cod. civ.; e se queste due disposizioni espresse sono state giudicate necessarie dal legislatore per infirmare gli atti di liberalità determinati da motivi illeciti, ciò significa che i motivi, leciti o illeciti che siano, non hanno alcuna rilevanza giuridica nei riguardi dei rimanenti negozi giuridici. Ciò significa, dunque, almeno secondo me, che la nozione di causa nella nostra legge positiva è una nozione obbiettiva.

e) Ma giova accennare ancora ad un terzo indirizzo, quello degli anticausalisti, che giudicano la causa una superfluità del negozio giuridico e ne patrocinano l'abolizione (cfr. Giorgi, Obbligazioni, III, n. 445; Pacifici, Istituzioni di diritto civile, IV, § 60, p. 181, nota 2; Baudry-Lacantioni, III, n. 445; Pacifici, Istituzioni di diritto civile, IV, § 60, p. 181, nota 2; Baudry-Lacantione no di avuto a notare altrove (Diritto e Giurisprudenza cit., p. 17, nota 24) – che questo sempre crescente «anticausalismo» della dottrina italiana e francese sia il sintomo di una vera e propria crisi della causa, che il diritto tedesco (così pure il diritto sovietico, cfr. Peretterri, Il progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni, in Sul progetto italo-francese, ecc., estr. dall'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, IV-V, p. 38 s.) ha invece superato. A mio credere, la causa esiste, ma bisogna tuttavia negarla, in quanto che non è un elemento del negozio: essa è un carattere negoziale, il carattere di giuridicità dell'atto, non solo in senso generico (conformità all'ordinamento giuridico), ma anche in senso specifico (conformità alle specifiche finalità della norma cui il negozio giuridico si appoggia). Comunque, son ragionamenti che non hanno valore de iure condito e che non hanno fatto presa sul progetto ministeriale del codice delle obbligazioni, il quale si riporta ancora alle norme del cod. 1865 (cfr. art. 181 e 214).

d) L'indirizzo cui aderisce il De Simone (p. 48 s.) non può essere compreso se non in funzione degli indirizzi precedentemente esposti. Trattasi di una comoda via di mezzo tra l'indirizzo subbiettivo e quello obbiettivo, che, facendosi forte di una imprecisione terminologica del legislatore del 1865, tende a differenziare dalla « causa del contratto » una « causa dell'obbligazione scaturente dal contratto » (in questo senso, cfr. Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, p. 149; Capitant cit., 2ª ed., p. 26; Pacchioni cit., p. 103 s.; Dejana, cit., p. 40 s.). «La causa di cui agli artt. 1104 e 1119 cod. civ. si riferisce non già al contratto considerato nel suo insieme, ma alla obbligazione od alle obbligazioni che dal contratto traggono origine » (De Simone, cit., p. 49): l'art. 1104 parla infatti di una « causa lecita per obbligarsi » e l'art. 1119 discorre di una « obbligarione senza causa ecc. ». Ma devo in questa sede rinnovare le mie proteste contro questo arbitrario indirizzo (v. già I motivi, ecc. cit., p. 19, nota 26, con critica al PACCHIONI). I ragionamenti più o meno convincenti a sostegno della teoria non contano, se non sono basati su una retta esegesi della legge. Ed è assolutamente indubitabile che il legislatore del 1865, anche se simpatizzasso per una concezione subbiertiva della causa, non ha menomamente inteso riferirsi, coi suoi articoli, alla « causa dell'obbligazione », ma solo ed unicamente alla « causa del contratto ». È vero che l'art. 1119 parla di « obbligazione senza causa », ma non è a dubitare che questa espressione significhi « obbligazione nascente da un contratto senza causa», sol che si pensi che i tre articoli successivi si riferiscono alla causa del contratto e che le quattro norme sono raggruppate sotto l'intestazione « Della causa dei contratti ». Ben ha fatto il progetto ministeriale a togliere di mezzo la possibilità di simili dubbi, parlando di una « causa lecita » come requisito essenziale per l'esistenza del contratto (articolo 181) e di « contratto senza causa » all'art. 214 che corrisponde all'art. 1119 cod. 1865).

In conclusione, l'indirizzo anticausalista, per lo meno in quanto denuncia e condanna le estreme incertezze della dottrina della « causa-elemento », è indubbiamente nel vero. In ogni caso il legislatore del 1865 ha inteso parlare unicamente di «causa del contratto» e per causa del contratto
deve intendersi unicamente, secondo l'indirizzo obbiettivo, la «ragione economico-giuridica del
negozio ». La mancanza di causa produce l'inesistenza del contratto, ma è evidente che essa può essere soltanto iniziale, perchè è inconcepibile che un contratto obbiettivamente lecito all'atto della
sua costituzione, possa mutare tal sua caratteristica in prosiegue di tempo. Lo scopo del contraente,
cioè il motivo del suo contrarre, non ha e non può avere influenza sulle sorti del contratto: dimodochè il sopraggiungere di una eccessiva onerosità della prestazione non può determinare quella

« mancanza di causa », sotto il cui profilo il De Simone vorrebbe ottenere il risultato di un annullamento del negozio.

Bisogna riconoscere, in conclusione, che la eccessiva onerosità della prestazione come causa di estinzione dell'obbligazione senza adempimento non trova albergo nel nostro diritto positivo. È vivamente augurabile, d'altronde, che essa sia tenuta presente de lege ferenda, perchè l'annullamento del negozio, in taluni casi in cui la prestazione diviene economicamente gravosa per il debitore, è una necessità fortemente sentita dalla dottrina e dalla pratica.

5. – I compilatori del progetto ministeriale del nuovo Libro delle obbligazioni hanno avvertito la necessità di disciplinare in maniera completa il caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione e di introdurre nel sistema legislativo la ipotesi della eccessiva onerosità. Ne è risultata una regolamentazione veramente perspicua, che verremo esponendo in breve.

Per quanto la sistematica del titolo I del progetto (relativo alle « obbligazioni in generale ») presti – come abbiamo visto (retro n. 2) – il fianco a qualche critica, a critiche non può esporsi la regolamentazione della impossibilità sopravvenuta. Essa è rettamente disposta nel capo X del titolo primo, fra i « modi di estinzione dell'obbligazione senza adempimento », pur ripetendo il suo fondamento dall'art. 117, che trovasi nel capo V da noi criticato e che dice quanto segue: « Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto a risarcire i danni al creditore. Il risarcimento è dovuto così per l'inadempimento che per il ritardo, se il debitore non prova che l'inadempimento o il ritardo siano dipesi da un fatto di cui egli non debba rispondere, in virtù delle norme contenute nella sezione V del capo X di questo titolo ».

Della impossibilità sopravvenuta dà una chiara nozione l'art. 175, dal quale risulta che l'impossibilità della prestazione può divenire causa di estinzione dell'obbligazione (se definitiva) o causa di esenzione della responsabilità per ritardo nell'adempimento (se temporanea) soltanto quando dipenda da una « causa estranea incidente sulla prestazione, non imputabile al debitore»: con questa formula si esclude, dunque, che l'impossibilità possa aver radici nelle condizioni subbiettive del debitore, e si esclude inoltre che essa possa esser tale quando determina un puro ostacolo subbiettivo pel debitore a prestare. Alla impossibilità sopravvenuta l'art. 176 equipara lo smarrimento di cosa determinata, sia definitivo che temporaneo. Nuovo è l'art. 177 che ammette l'esenzione del debitore dall'obbligo di risarcimento quando la prestazione sia parzialmente impossibile o quando la cosa determinata dovuta sia deteriorata. L'art. 178, infine, prevede il subingresso legale del creditore nei diritti che il debitore ha verso terzi in dipendenza del fatto che ha determinato la impossibilità.

Queste norme generali hanno una ripercussione specifica in materia contrattuale (tit. II: « dei contratti in generale ») a proposito dei « contratti con prestazioni corrispettive ». Il progetto ministeriale non ha mantenuto la distinzione fra contratti bilaterali e unilaterali, ma ha preferito, agli effetti della così detta condizione risolutiva tacita, distinguere a seconda che i contratti abbiano o meno prestazioni corrispettive, perchè un sinallagma funzionale si ha anche nei casi in cui le prestazioni non siano equivalenti, ma esista tuttavia una correlazione intima tra le attribuzioni patrimoniali reciproche fra le parti (es.: mutuo ad interesse). Ora, stabilisce l'art. 261 che «nei contratti con prestazioni corrispettive il debitore, liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione da lui dovuta, non può reclamare la controprestazione, ed è tenuto a restituire quella che abbia già ricevuto, secondo le regole della ripetizione d'indebito »; correlativamente, stabilisce l'art. 263 che il creditore ha diritto ad una riduzione della sua obbligazione e può anche recedere dal contratto, qualora non abbia alcun interesse apprezzabile all'adempimento parziale, nel caso che la prestazione del debitore sia divenuta impossibile in parte.

6. – Resta da esaminare, da ultimo, il regolamento della eccessiva onerosità della prestazione nel progetto ministeriale. Ad esso provvede l'art. 264 con una formulazione molto ampia, che abbraccia, può dirsi, tutti i possibili casi in cui sorge la necessità di tener conto di una alterazione della situazione economica in base a cui il contratto fu concluso.

Il progetto ha giustamente ripudiato la tesi che limita l'effetto della sopravvenienza ai soli contratti a lungo termine (« qui habent tractum successivum ») o ad esecuzione periodica, « perchè, anche nei contratti che hanno un termine breve, può influire il mutamento di uno stato di fatto, che le parti non potevano prevedere al tempo in cui entrarono in rapporti reciproci » (Relazione sul

GERMANIA

progetto, n. 196). Il criterio adottato è invece quello per cui la sopravvenienza ha effetto quando vi siano stati « eventi straordinari e imprevedibili al momento in cui il contratto fu concluso »: non basta la straordinarietà dell'evento (es.: sanzioni economiche contro l'Italia del comitato ginevrino), ma occorre anche la imprevedibilità (il che non cra ormai, in Italia, già da un mese prima del 18 novembre 1935, data di entrata in vigore delle sanzioni); nè basta la imprevedibilità, ma occorre anche la straordinarietà (il che giustifica, oltre tutto, perchè l'art. 264 parli di prestazione « divenuta eccessivamente onerosa oltre i limiti dell'alea del contratto »).

Circa gli effetti della sopravvenienza, l'art. 164 dei progetto distingue fra contratti a prestazioni corrispettive e contratti con obbligazione di una sola parte. Nei primi il contratto è senz'altro rescisso, a richiesta della parte che è tenuta alla prestazione, a meno che l'altra parte non preferisca mantenerlo in vita modificando equamente le condizioni al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità. Nei secondi non si verifica rescissione, ma la parte obbligata può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione. [Prof. Antonio Guarino].

134), RG. 3. 11. 1936; JW. 1937, p. 11452.

- RISARCIMENTO DEL DANNO RESTITUZIONE IN NATURA O INDENNIZZO IN DENARO.
- Schadensersatz Herstellung «in natura» oder Geldersatz.
- Damages Restitution or Damages
- Dommages-intérêts Restitution en nature ou indemnité pécuniaire.

È inaccoglibile l'opinione, secondo la quale il creditore che ha scelto di essere risarcito del danno in denaro deve intendersi a tale scelta vincolato.

Il diritto del creditore di scegliere fra restituzione in natura o indennizzo pecuniario si csaurisce, nei confronti del debitore, con la sua dichiarazione di volontà, e il creditore che abbia preferito il risarcimento in denaro è, pertanto, ad essa vincolato, solo nei casi determinati previsti dal § 249, periodo 2 cod. civ., e costituenti eccezione alla regola del periodo 1, nei casi cioè in cui l'obbligazione al risarcimento del danno derivi da lesione della persona o da danneggiamento di una cosa.

Die Ansicht, dass der Gläubiger, der einmal Geldersatz gewählt hat, daran gebunden sei, ist unzutreffend. Nur in den § 249 Satz 2 BGB. bestimmten Ausnahmefällen von der Regel des Satz 1, nämlich im Falle der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache, wird das Wahlrecht des Gläubigers, die Herstellung oder statt ihrer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu fordern, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt, und der Gläubiger bleibt an diese Erklärung gebunden, falls er Geldersatz gewählt hat.

OSSERVAZIONI. – Sulla natura e sul contenuto della prestazione dell'a id quod interest a. — 1. — Il Reichsgericht ha giustamente respinto la tesi per cui il creditore dovrebbe intendersi vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito del danno in danaro. È noto che il BGB vede un duplice contenuto nell'obbligo della riparazione del danno (Schadenersatz), e cioè la restitutio in integrum e la riparazione pecuniaria. Stabilisce infatti il § 249 che chi è tenuto al risarcimento deve ripristinare lo stato di cose che esisterebbe se non fosse avvenuto il fatto lesivo, ma che, dal suo canto, può il creditore esigere in luogo del ripristino la somma di danaro a ciò necessaria. Alla quale disposizione può aggiungersi quella del § 250, per cui il creditore può stabilire un termine al debitore con la dichiarazione che rifiuterà il ripristino trascorso il termine; e per cui egli può chiedere, scaduto il termine, il risarcimento pecuniario. Stabilisce infine il § 251 che, se il ripristino non sia possibile o non sia sufficiente per la riparazione, l'obbligato al risarcimento è tenuto a risarcire il danno in danaro.

Da queste disposizioni del BGB si evince che, se il ripristino non risulti obbiettivamente impossibile o insufficiente, esso, non solamente forma il contenuto normale della prestazione del risarcimento del danno, ma può essere con ogni buon diritto preteso dal danneggiato a preferenza della riparazione pecuniaria. Il creditore ha diritto al ripristino ed ha inoltre facoltà di surrogarlo con il risarcimento pecuniario, ma la scelta che egli faccia del risarcimento pecuniario non lo vincola evidentemente ad esigere questo, qualora sia ancora possibile di addivenire, senza danno per il debitore, alla restitutio in integrum.

Per questi motivi deve accogliersi la decisione del Supremo Collegio tedesco, malgrado che la massima, troppo succinta, non metta in rilievo il limite, del resto ovvio, cui soggiace il principio che il creditore non è vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito in danaro.

2. – È noto che il diritto italiano accoglie in sostanza i medesimi principi del BGB in tema di risarcimento del danno, pur mancando al nostro codice civile una regolamentazione altrettanto

chiara e perspicua.

La radice della moderna teoria del risarcimento del danno è nel concetto romano dell'id quod interest. Il danneggiatore è, per regola generale, tenuto a rifondere nel patrimonio del danneggiato un valore che ripaghi l'interesse di costui a che il fatto non si compisse (v. per tutti De Rucciero, Istituzioni di dir. civ. 3. 57 s.). Uno dei modi in cui il risarcimento può essere effettuato è, dunque, indubitabilmente la restituzione in pristino, ma è nell'arbitrio del debitore, non in quello del creditore, la circostanza che il risarcimento sia effettuato mediante ripristino, piuttosto che mediante riparazione pecuniaria o non pecuniaria. (Sul punto efr. Polacco, Le obbligazioni nel diritto civile italiano, p. 565; Ascoli, Restituzione e risarcimento di danne sulle diffamazioni a mezzo della stampa, FI 1916, I. 783; Fadda, Sul risarcimento dei danni in forma specifica, Corte di Cassazione 1924. 1407; De Rucciero, op. loc. cit.; Messina, La simulazione assoluta, RDCo 1907, I. 408 s. Ma v. contra di recente, Verga, In tema di risarcimento del danno in forma specifica, RDPr 1940, I. 3 s., il quale sostiene che « in difetto di elementi positivi, e di fronte alla tradizione, che il risarcimento dei danno nel nostro diritto considera solo come prestazione di un equivalente, il cosidetto risarcimento in forma specifica non ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento positivo »).

Il progetto definitivo del nuovo libro delle obbligazioni (Roma 1940) è finalmente intervenuto a porre una disposizione esplicita sul modo del risarcimento. Stabilisce infatti l'art. 21: « La reintegrazione del danneggiato può avvenire in forma specifica o, se ciò non è in tutto o in parte possibile, per equivalente mediante il pagamento di una somma di danaro. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga soltanto per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica

risulta eccessivamente onerosa pel debitore ».

La norma del progetto, mentre chiarisce in maniera veramente perspicua un punto lasciato inespresso nel cod. 1865, segna anche, con la disposizione del secondo comma, un innegabile progresso rispetto al sistema del BGB.

La reintegrazione in forma specifica viene sottratta dal progetto all'arbitrio del creditore. Essa non deve, ma può farsi in luogo del risarcimento per equivalente. Il creditore può ben pretenderla, ma la sua pretesa si arresta contro due limiti: la impossibilità assoluta (totale o parziale) della prestazione specifica, e la impossibilità relativa (eccessiva onerosità) di tale prestazione. Nel primo caso il risarcimento non può avvenire che per equivalente; nel secondo caso viene rimesso al prudente arbitrio del giudice lo stabilire se il risarcimento debba avvenire in forma specifica o per equivalente.

In conclusione, risulta da questa disposizione un regolamento armonico ed equo del risarcimento del danno, che ben risponde al concetto dell'id quod interest, inteso come prestazione unitaria caratteristica del risarcimento, i cui modi di estrinsecazione possono essere diversi (reintegrazione specifica, pagamento dell'equivalente), e possono concorrere l'un con l'altro, all'unico fine di ripagare l'interesse del creditore a che il danno non si avverasse.

3. - Qualche precisazione non sarà inopportuna, a questo punto, circa la genesi storica del

concetto di id quod interest.

È detto comune che la concezione dell'id quod interest, come contenuto della prestazione di risarcimento del danno, risalga al diritto romano. Giò è indubbiamente esatto, ma solo in parte e solo entro certi limiti.

Abbiamo visto come, nel diritto moderno, lo id quod interest presenti una duplice faccia: da una parte esso si concreta nella reintegrazione in forma specifica, dall'altra esso si estrinseca, subordinatamente, nella reintegrazione per equivalente pecuniario. Il concetto romano è invece più ristretto, in quanto che per esso il risarcimento del danno non può avvenire che per equivalente, cioè mediante la prestazione di una somma di danaro, che forma oggetto della condanna: ciò in

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

ESTRATTO DALLO STATUTO DELL'ISTITUTO

L'Istinua Italiano di Studi Legislariai. Joudate nel 1925, eretto in ente morale con R. decreto 29 novembre 1937, n. 2438 e regolato con legge 22 giugno 1939, n. 992, è un'associazione apolinica, avente per oggetta gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al diritto e, supratutto, gli atuat di Dirigo Companyio.

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

Soct ordinant, anche stranferi (compresi Biblioteche ed Enti). Diretti: concessinue gratuita dell' a Annoario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi e: sconto del 10 % per le altre Riviste, Obblight; quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 100.

Som BENEMERITI, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti: comessione gratuits di tutte le Riviste (meno il «Repertorio della Legislazione Mondiale»). Obbigat: quora annuale. Lire 1000.

Per tutti i soci obbligo del rimborso delle speso postali.

Per la nomina a socio, esprimerne il desiderie serivendo all'Istituto, Roma, Ministero di Grazia e Ginstizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Italiano di Studi Legislatini, gegrundet 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. 392, ist em unpolitischer Verein, der sam Gegenstand gesetzgeberische Studien har, insbesondere Studien über Statistik, Wirtschaft und Geschichte in ihrer Auwendung auf des Recht, und vor allem die Reintsvergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

DEDENTIACHE METGLIEDER, auch Ausländer (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Austalton). Rechte: k o'e't en lose Lieferung des « Juhrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetzgebungsarudien s; ein Skoute von 10 % für die andern Zeitschriften. Verpflichtungen: Eintragungsgebühr 20 Lire; jährlicher Beitrag 100 Lire,

Engrantrourspan, such Ausländer (einschliesslich Hibliotheken und sonstige Austulten). Rechte: Lost en lose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertoriums der Weltgesetzgebung i), Verpflichtungen jährlicher Beitrag 1000 Liec-

Die Portospesen gehen stets zu Lasten der Mitglieder.

Antrago um Erneumung zum Mitglied sind zu richten an das Istiquo Italiano di Studi Legislativi, Roma, Ministero di Grazia e Ciustizia.

GIURISPRUDENZA COMPARATA DI DIBITTO 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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

progetto, n. 196). Il criterio adottato è invece quello per cui la sopravvenienza ha effetto quando vi siano stati « eventi straordinari e imprevedibili al momento in cui il contratto fu concluso »: non basta la straordinarietà dell'evento (es.: sanzioni economiche contro l'Italia del comitato ginevrino), ma occorre anche la imprevedibilità (il che non era ormai, in Italia, già da un mese prima del 18 novembre 1935, data di entrata in vigore delle sanzioni); nè basta la imprevedibilità, ma occorre anche la straordinarietà (il che giustifica, oltre tutto, perchè l'art. 264 parli di prestazione a divenuta eccessivamente onerosa oltre i limiti dell'alea del contratto »).

Circa gli effetti della sopravvenienza, l'art. 164 del progetto distingue fra contratti a prestazioni corrispettive e contratti con obbligazione di una sola parte. Nei primi il contratto è senz'altro rescisso, a richiesta della parte che è tenuta alla prestazione, a meno che l'altra parte non preferisca mantenerlo in vita modificando equamente le condizioni al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità. Nei secondi non si verifica rescissione, ma la parte obbligata può chicdere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione. [Prof. Antonio Guarino].

134), RG. 3. 11. 1936; JW. 1937, p. 11452.

- Risarcimento del danno Restituzione in natura o indennizzo in denaro.
- Schadensersatz Herstellung «in natura» oder Geldersatz.
- Damages Restitution or damages
- Dommages-intérêts Restitution en nature ou indemnité pécuniaire.

È inaccoglibile l'opinione, secondo la quale il creditore che ha scelto di essere risarcito del danno in denaro deve intendersi a tale scelta vincolato.

Il diritto del creditore di scegliere fra restituzione in natura o indennizzo pecuniario si esaurisce, nei confronti del debitore, con la sua dichiarazione di volontà, e il creditore che abbia preferito il risarcimento in denaro è, pertanto, ad essa vincolato, solo nei casi determinati previsti dal § 249, periodo 2 cod. civ., e costituenti eccezione alla regola del periodo I, nei casi cioè in cui l'obbligazione al risarcimento del danno derivi da lesione della persona o da danneggiamento di una cosa.

Die Ansicht, dass der Gläubiger, der einmal Geldersatz gewählt hat, daran gebunden sei, ist unzutreffend. Nur in den § 249 Satz 2 BGB, bestimmten Ausnahmefällen von der Regel des Satz 1, nämlich im Falle der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache, wird das Wahlrecht des Gläubigers, die Herstellung oder statt ihrer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu fordern, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt, und der Gläubiger bleibt an diese Erklärung gebunden, falls er Geldersatz gewählt hat.

OSSERVAZIONI. - Sulla natura e sul contenuto della prestazione dell'aid quod interest ». - 1. - II Reichsgericht ha giustamente respinto la tesi per cui il creditore dovrebbe intendersi vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito del danno in danaro. È noto che il BGB vede un duplice contenuto nell'obbligo della riparazione del danno (Schadenersatz), e cioè la restitutio in integrum e la riparazione pecuniaria. Stabilisce infatti il § 249 che chi è tenuto al risarcimento deve ripristinare lo stato di cose che esisterebbe se non fosse avvenuto il fatto lesivo, ma che, dal suo canto, può il creditore esigere in luogo del ripristino la somma di danaro a ciò necessaria. Alla quale disposizione può aggiungersi quella del § 250, per cui il creditore può stabilire un termine al debitore con la dichiarazione che rifiuterà il ripristino trascorso il termine; e per cui egli può chiedere, scaduto il termine, il risarcimento pecuniario. Stabilisce infine il § 251 che, se il ripristino non sia possibile o non sia sufficiente per la riparazione, l'obbligato al risarcimento è tenuto a risarcire il danno in danaro.

Da queste disposizioni del BGB si evince che, se il ripristino non risulti obbiettivamente impossibile o insufficiente, esso, non solamente forma il contenuto normale della prestazione del risarcimento del danno, ma può essere con ogni buon diritto preteso dal danneggiato a preferenza della riparazione pecuniaria. Il creditore ha diritto al ripristino ed ha inoltre faceltà di surrogarlo con il risarcimento pecuniario, ma la scelta che egli faccia del risarcimento pecuniario non lo vincola evidentemente ad esigere questo, qualora sia ancora possibile di addivenire, senza danno per il debitore, alla restitutio in integrum.

Per questi motivi deve accogliersi la decisione del Supremo Collegio tedesco, malgrado che la massima, troppo succinta, non metta in rilievo il limite, del resto ovvio, cui soggiace il principio che il creditore non è vincolato alla scelta da lui fatta di essere risarcito in danaro.

2. - È noto che il diritto italiano accoglie in sostanza i medesimi principi del BGB in tema di risarcimento del danno, pur mancando al nostro codice civile una regolamentazione altrettanto

chiara e perspicua.

La radice della moderna teoria del risarcimento del danno è nel concetto romano dell'id quod interest. Il danneggiatore è, per regola generale, tenuto a rifondere nel patrimonio del danneggiato un valore che ripaghi l'interesse di costui a che il fatto non si compisse (v. per tutti De Ruggiero. Istituzioni di dir. civ.º 3. 57 s.). Uno dei modi in cui il risarcimento può essere effettuato è, dunque, indubitabilmente la restituzione in pristino, ma è nell'arbitrio del debitore, non in quello del creditore, la circostanza che il risarcimento sia effettuato mediante ripristino, piuttosto che mediante riparazione pecuniaria o non pecuniaria. (Sul punto cfr. Polacco, Le obbligazioni nel diritto civile italiano, p. 565; Ascoli, Restituzione e risarcimento di danno sulle diffamazioni a mezzo della stampa. FI 1916, I. 783; FADDA, Sul risarcimento dei danni in forma specifica, Corte di Cassazione 1924, 1407; DE RUGGIERO, op. loc. cit.; Messina, La simulazione assoluta, RDCo 1907. I. 408 s. Ma v. contra di recente, Verga, In tema di risarcimento del danno in forma specifica, RDPr 1940, I. 3 s., il quale sostiene che «in difetto di elementi positivi, c di fronte alla tradizione, che il risarcimento del danno nel nostro diritto considera solo come prestazione di un equivalente, il cosidetto risarcimento in forma specifica non ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento positivo»).

Il progetto definitivo del nuovo libro delle obbligazioni (Roma 1940) è finalmente intervenuto a porre una disposizione esplicita sul modo del risarcimento. Stabilisce infatti l'art. 21: « La reintegrazione del danneggiato può avvenire in forma specifica o, se ciò non è in tutto o in parte possibile, per equivalente mediante il pagamento di una somma di danaro. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga soltanto per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica

risulta eccessivamente onerosa pel debitore ».

La norma del progetto, mentre chiarisce in maniera veramente perspicua un punto lasciato inespresso nel cod. 1865, segna anche, con la disposizione del secondo comma, un innegabile progresso rispetto al sistema del BGB.

La reintegrazione in forma specifica viene sottratta dal progetto all'arbitrio del creditore. Essa non deve, ma può farsi in luogo del risarcimento per equivalente. Il creditore può ben pretenderla, ma la sua pretesa si arresta contro due limiti: la impossibilità assoluta (totale o parziale) della prestazione specifica, e la impossibilità relativa (eccessiva onerosità) di tale prestazione. Nel primo caso il risarcimento non può avvenire che per equivalente; nel secondo caso viene rimesso al prudente arbitrio del giudice lo stabilire se il risarcimento debba avvenire in forma specifica o per equivalente.

In conclusione, risulta da questa disposizione un regolamento armonico ed equo del risarcimento del danno, che ben risponde al concetto dell'id quod interest, inteso come prestazione unitaria caratteristica del risarcimento, i cui modi di estrinsecazione possono essere diversi (reintegrazione specifica, pagamento dell'equivalente), e possono concorrere l'un con l'altro, all'unico fine di ripagare l'interesse del creditore a che il danno non si avverasse.

3. - Qualche precisazione non sarà inopportuna, a questo punto, circa la genesi storica del

concetto di id quod interest.

È detto comune che la concezione dell'id quod interest, come contenuto della prestazione di risarcimento del danno, risalga al diritto romano. Ciò è indubbiamente esatto, ma solo in parte e

Abbiamo visto come, nel diritto moderno, lo id quod interest presenti una duplice faccia: da una parte esso si concreta nella reintegrazione in forma specifica, dall'altra esso si estrinseca, subordinatamente, nella reintegrazione per equivalente pecuniario. Il concetto romano è invece più ristretto, in quanto che per esso il risarcimento del danno non può avvenire che per equivalente, cioè mediante la prestazione di una somma di danaro, che forma oggetto della condanna: ciò in dipendenza delle caratteristiche peculiari del processo formulare classico, il quale non ammetteva altra condemnatio che la pecuniaria. Nel diritto classico, dunque, era possibile al danneggiato di ottenere la restituzione in pristino dal danneggiatore, solo in quanto quest'ultimo, per evitare l'imminente esercizio dell'azione, si decidesse spontaneamente ad attuarla.

Superato questo punto, non ancora può dirsi – come pure ha fatto molta parte dell'antica dottrina (v., per tutti, Windscheid, Diritto delle pandette, vol. II, § 258) – che in tutti i periodi del diritto romano il contenuto del risarcimento del danno (risarcimento, ricordiamolo, per equivalente pecuniario) sia stato l'id quod interest creditoris. Già, tuttavia, qualche autore moderno, in cospetto della innegabile e radicale diversità (di cui faremo cenno appresso) dei vari tipi di condemnatio pecuniaria, aveva accennato ad una evoluzione storica, dal diritto più antico al nuovo diritto classico, del risarcimento del danno: evoluzione per cui da un sistema più rigido, consistente nel condannare il danneggiatore al pagamento della sola vera aestimatio rei, si sarebbe passati poi ad un sistema più equo per il danneggiato, consistente nel condannare il debitore al pagamento di una somma tale da soddisfare pienamente l'interesse del creditore al non verificarsi del danno (cfr., in questo senso, ma con varietà di atteggiamenti particolari, Perozzi, Istituzioni di dir. romano³, vol. II, p. 157 s.; Bonfante, Istituzioni di dir. rom.³, p. 100; Jörs-Kunkel, Römisches Recht³, p. 248 s.; Arangio Ruz, Istituzioni di diritto romano⁴, p. 389 s.).

Una revisione fruttuosa di tutta la teoria del risarcimento del danno, nei suoi rapporti col processo formulare del diritto romano classico, è stata impresa solo in questi ultimi anni, dietro la spinta del Siber, da due acutissimi studi del Kaser e del Voci. Il Siber (Römisches Recht, vol. II. p. 241 s.) è stato il primo a vedere con chiarezza l'intimo nesso tra il contenuto della prestazione di risarcimento ed il tipo della formula processuale, ed il carattere determinante di quest'ultima per la stima del primo: se la formula, come spesso avviene, è del tipo « quanti ea res est, tantae pecuniae Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato », in tal caso il risarcimento del danno combacia con la vera aestimatio rei ; se la formula è invece del tipo «quidquid Numerium Negidium dare facere oportet, cius Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato» (o se essa è dello stesso tipo, ma con l'aggiunta della clausola ex fide bona [dare facere oportet]), allora il risarcimento consiste nella prestazione dell'id quod interest creditoris. Buona teoria, ma non perfettamente esatta, perchè non è raro il caso che condanne in « quanti ea res est » portassero nel diritto classico alla prestazione dell'id quod interest : ciò è indubitabile, ad esempio, nel caso dell'actio ad exhibendum (cfr. D. 10. 4. 9. 8 Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit). Lo spunto del Siber venne sfruttato, nella sua parte veramente buona (cioè nel nesso stabilito tra risarcimento e tipo della formula) dal Kaser (« Quanti ea res est », Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht, nei Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, vol. 23), il quale, con un diligentissimo esame (esteso anche alle azioni penali, che qui non interessano) giunse a confermare i risultati del Siber, ma precisandoli e correggendoli in parte in merito alle azioni in « quanti ea res est »: la condemnatio di queste azioni si trasfonde sempre in una vera aestimatio rei, salvo che per la categoria delle actiones arbitrariae (cioè di quelle azioni in cui l'iudex privatus è facultato ad autorizzare il convenuto ad una restituzione o esibizione in natura, anzichè a pagare la condanna pecuniaria); le actiones arbitrariae, importando la possibilità di una restitutio (o di una exhibitio) e cioè la possibilità di far avere all'attore tutto quanto avrebbe avuto se fosse stato soddisfatto al momento della litis contestatio, non possono non implicare che, se si proceda alla condanna pecuniaria, il « quanti ea res est » coincida con l'id quod interest creditoris.

Contro i risultati del Kaser si è levato, più di recente, il Voci (Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano, in Pubblicazioni Università di Messina, vol. 6), il quale ha operato in parte, e con vera genialità, un provvido ritorno alle antiche concezioni, sostenendo che, se è vero che molti elementi del regime classico del risarcimento del danno possono compintamente spiegarsi solo in relazione al tipo della condemnatio formulare, il contenuto del risarcimento non dipende però sempre dal meccanismo processuale delle formulare, ma anche dal contenuto del diritto sostanziale dell'attore, la considerazione del quale è il vero ed unico motivo per cui certe condanne in aquanti ea res est » sboccano in una prestazione dell'id quod interest, anzichè in una prestazione della vera aestimatio rei, che la tecnica formulare invece richiederebbe.

4. – L'esame delle fonti non può non indurre, io credo, ad aderire pienamente ai risultati del Voca, dianzi sommariamente accennati. Tali risultati son forse poco suggestivi, perchè si risolvono nell'abbandono di un criterio generale per la determinazione del risarcimento nel diritto romano classico e nel rinvio alla soluzione specifica per ciascuna fattispecie della casistica, ma sono indubbiamente i più esatti.

Il diritto romano classico non conobbe un criterio unico, nè il concorso di vari criteri per la determinazione della prestazione di risarcimento, ma ammise caso per caso la soluzione sostanzialmente più equa e nel contempo più logica, compatibilmente con le esigenze assolutamente inderogabili della tecnica formulare (v. già, in questo senso, Akangio Ruiz, Istituzioni cit., p. 389). Una

breve esemplificazione varrà a confermare la tesi.

a) È noto che la condemnatio formulare si dice certa, quando essa corrisponda esattamente a quella parte della formula in cui è enunciata la pretesa dell'attore (intentio). Ma, dato che la condemnatio non può essere che pecuniaria (v. retro n. 3 in pr.), è chiaro che una condemnatio certa può aversi solo in quanto la pretesa dell'attore sia relativa ad una somma di danaro. Un esempio è fornito dall'actio certae creditae pecuniae, la cui formula era: « Si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere, qua de re agitur, iudex N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnato: si non paret absolvito ». In questa ipotesi il risarcimento per inadempimento dell'obbligazione non può che corrispondere alla stessa prestazione pecuniaria dovuta.

Ora, nel diritto classico, una importante modificazione venne apportata dal pretore alla formula dell'actio certae creditae pecuniae, mediante l'editto « de eo quod certo loco dari oportet » (sul quale cfr. Lenel, Edictum perpetuum, p. 240 s.). Tizio ha promesso a Caio di pagargli una certa somma ad Efeso, ma Caio sente poi la convenienza di chiedere il pagamento a Roma; stando al rigor del diritto, la cosa non dovrebbe essere possibile, anzitutto perchè Caio incorrerebbe in una pluris petitio (che produrrebbe la perdita della lite e il divieto di ripeterla: causa cadere), secondariamente perchè Tizio può trovare la sua convenienza nel pagare ad Efeso anzichè a Roma. Ma il pretore soccorre ambo i contraenti modificando la formula nella maniera seguente: «S. p. N.m N.m A.o A.o s. X milia Ephesi d. o., quanti ea res est, tantae pecuniae iudex N.m N.m A.o A.o c.: s.n. p.a.». Ecco dunque, un caso tipico di condemnatio in quanti ea res est, nella quale il quanti ea res est non corrisponde punto alla vera aestimatio rei (diccimila sesterzi), ma è anzi dedotto in formula all'unico fine che la condanna del giudice possa tener conto dei sostanziali interessi sia dell'attore che del convenuta (1).

b) Se la intentio della formula non è espressa in denaro, la condemnatio, dovendo essere necessariamente pecuniaria, non può corrisponderle, ed è quindi incerta. Essa può allora assumere le seguenti forme:

α. o essere in « quanti ea res est (erit, fuit) », che è la forma di condemnatio più diffusa;

β. o essere in «quidquid N.m N.m dare facere oportet eius condemnato», che si ha nelle azioni ex stipulatu o ex testamento (se si tratti di obligatio incerti), nei giudizi divisori e (con la clausola ulteriore « ex fide bona ») nei iudicia bonae fidei;

γ. o essere in «quantum aequum videbitur», che si trova rarissimamente. Tralasciamo la categoria γ, che è di minore importanza ed occupiamoci delle categorie α e β.

⁽¹⁾ Aderisco, nel testo, alla convincente dimostrazione dell'Arangio Ruzz, Studi formulari, I: de eo q. c. l. d. o., in Bullettino Ist. dir. romano, 25 (1913), p. 130 s., accolta dal Beretta, Le formule in sid quod interest », in Studia si decumenta historiae et iuris, 3 (1937), p. 419 s. È da notare che i testi parlano, a proposito dell'actio de eo quod certo loco, di una condemnatio in id quod interest », ma è evidente che essi non alludono alla condemnatio (parte della formula), si bene al contenuto della condanna (e così in ogni altro caso di espressioni consimili: v. Beretta cit.). L'argomento è tuttavia controverso: di una vera e propris condemnatio in idquod interest (con riguardo all'intereste del convenuto) parla il Brondi (Sulla duttrina romana dell'actio arbitraria, Palermo 1911) e di una condemnatio con riguardo all'interesse delle due parti parla il Lenge (cit.), seguito dal Voct (cit., p. 10²³). Senonché, che alla valutazione dell'interesse delle parti si sia giunti, nella condictio certae rei (formula con condemnatio incerta), attraverso il quanti ca res est pare ormai certo (cfr. Anancto Ruzz, Istimzioni cit., p. 389¹): « Si poret N.m. N.m. A.o. A.o. tritici africi optimi modios centum Ephest d. o., quanti ca res est, tantae pecuniae index N.m. N.m. A.o. A.o. c.: s. n. p. a. « Basta questo, io ritengo, per autorizzare la supposizione che all'identico risultato si sia potuti giungere, per la stessa via, in ordine all'actio certae creditae pecuniae.

GERMANIA

Le azioni in « quidquid dare facere oportet », siano o no di buona fede, si risolvono tutte, nel diritto classico, in una prestazione dell'id quod interest. Vi sono, è vero, dei passi dai quali risulterebbe che, per alcuni iudicia bonae fidei, il fatto che l'illecito non sia doloso o che il negozio apporti utilitas ad una sola delle parti, implica che in tal caso venga attribuita all'attore la aestimatio rei: ma l'alterazione di questi testi, già tutti ampiamente sospetti (D. 19. 1. 13 pr.; 18. 1. 45; 47. 2. 63. 1-3; 47. 2. 62, 5-7; v. Index interpolationum), è stata convincentemente dimostrata dal Voci (cit. 83 s.). Al contrario, il Voci (cit. 90 s.) vorrebbe giustificare alcuni casi di apparente aestimatio scaturenti da formule in « quidquid dare facere oportet » come « dovuti al motivo che la struttura del rapporto sostanziale dedotto in giudizio non permetterebbe una misura diversa del risarcimento a Io non sono di questo avviso e ritengo piuttosto che nelle fattispecie citate dal Voci abbiano giocato criteri di equità, parendomi tutt'altro che sicuro che la aestimatio sia imposta dalla struttura del rapporto sostanziale. Prescindendo da D. 19. 1. 11. 18, sicuramente alterato (v. Index interpolationum) e quindi poco sicuro, si ponga mente a questi due testi:

D. 19. 2. 30 pr. (Alfenus 3 dig. a Paulo epit.) Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur : dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam : quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduzerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod cius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari : si autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti

conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Tizio ha dato in locazione la propria insula a Caio; questi ne ha affittato i singoli appartamenti a tanti sublocatari, in modo da rifarsi della pigione e da guadagnarci un tanto. Avendo Tizio proceduto alla demolizione dell'edificio prima dello scadere del contratto, e avendo Cajo agito in risarcimento contro di lui con l'actio conducti, Alfeno decide che, se la demolizione fu impresa volontariamente, Tizio è tenuto a prestare l'id quod interest, se invece la demolizione fu dovuta imprendere per necessità di cose, Tizio è tenuto a prestare quel tanto di pigione che corrisponde al periodo di tempo per cui è abbreviata la durata del contratto. Nel primo caso l'id quod interest involge, come di regola, non solo il danno emergente, ma anche il lucro cessante di Caio; nel secondo caso esso si limita al danno emergente, perchè non sarebbe equo costringere il locatore, che è stato costretto dalla necessità delle cose alla demolizione dell'insula, a risarcire anche il lucro cessante. Come si vede, un elemento estrinseco di valutazione è additato al giudice della causa: la decisione di Alfeno ricorda chiaramente la formula del Progetto (art. 22), per cui la determinazione del lucro cessante nel calcolo dell'id quod interest è rimessa al sano criterio di equità del giudice.

D. 17. 1. 36. 1. (Javolen. 7 ex Cassio) Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliarum partium nomine commode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur, quanti interest tua, dummodo intra id praetium, quod mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo praetio hi, cum quibus communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris vel

alia causa cogerentur? non etiam tu ad idem dispendium deduceris.

Tizio ha mandato a Caio di comprare per una certa somma il fondo Corneliano, di cui Caio è condomino; Caio riesce ad acquistare il fondo per una cifra minore del previsto e agisce ora in risarcimento per la sua parte con l'actio mandati contraria. Tizio deve prestargli l'id quod interest e non la quota minore cui Caio, come condomino, avrebbe diritto: ed è naturale che l'id quod interest di Caio, se non è certo inferiore a quella quota, non può essere certo superiore alla quota che egli avrebbe conseguito se il fondo Corneliano fosse stato comprato per la somma prevista. Anche in questo caso, è chiaro il gioco dei motivi di equità nello specificare l'id quod interest : ma il risarcimento è e rimane rapportato all'id quod interest e non diremo che esso si concreti nella aestimatio rei.

c) Rimane da parlare, quanto alle formule con condemnatio incerta, di quelle con condanna in quanti ea res est, che sono le più frequenti. Si noti che la condemnatio può assumcre in queste formule tre varianti: 1) essere in quanti ea res est, con riferimento al momento della litis contestatio (che è quello in cui viene stilata la formula); 2) essere in quanti ea res erit, con riferimento al momento del giudizio da parte dell'iudex privatus ; 3) essere in quanti ca res fuit, con riferimento al momento

in cui avvenne il fatto dannoso, o comunque ad un momento anteriore alla litis contestatio. La terza ipotesi è esclusiva delle azioni penali, e non interessa pertanto in questa sede; la seconda ipotesi è caratteristica delle azioni arbitrarie (in base alle quali il giudice condannerà solo se le parti non avranno ottemperato ad un suo preventivo iussum de restituendo) e delle azioni esercitate a seguito di una mancata restituzione (anteriore, dunque, alla litis contestatio ; es.: actio pigneraticia in factum); la prima ipotesi si riferisce ad ogni altra azione.

Come già prima accennato, il Kasen (op. cit.) sostiene che la rispondenza tra quanti ca res est e aestimatio rei si avesse in tutti i casi, salvo che in quello delle azioni arbitrarie; in questo secondo case la condanna in quanti ea res erit portava all'obbligo di risarcire l'id quod interest creditoris. Ma la teoria non regge, nè in punto di argomentazioni generali (ottimamente criticate dal Voca, cit. 17), nè in punto di esegesi: basti dire che portano ad una condanna di risarcimento dell'id quod interest alcune actiones in factum (che non sono azioni arbitrarie: D. 39. 2. 4. 7-10; D. 25.

Può concludersi, dunque, - con il Voci (cit., p. 59 s.) - che, tendenzialmente, la condanna in quanti ea res est porta al risarcimento sulla base obbiettiva della vera aestimatio rei, che viene attribuita all'attore. Ma qui si arrestano, anche nel diritto romano classico, le esigenze formali della struttura formulare: « la res, di cui parla la clausola in parola, assume un significato più o meno ideale, che influisce sull'aestimatio »: significato clastico, che può spingersi sino all'attribuzione

dell'id quod interest all'attore.

d) Se ora vogliamo riassumere lo sviluppo subito dalla materia del risarcimento del danno in tutto il corso del diritto romano, possiamo dire che non esistono, nel diritto classico, campi ben delimitati tra l'aestimatio rei e l'id quod interest. Le azioni in quidquid N.m N.m dare facere oportet portano sempre ad una condanna in id quod interest; ma le azioni in quanti ea res est(erit), che sono più numerose, possone portare sia alla aestimatio - come la formula, a stretto rigore, parrebbe richiedere - che all'id quod interest; per modo che deve veramente dirsi, col Voca, che già nel diritto romano classico influiva sulla determinazione del risarcimento la fattispecie sostanziale.

Ma un punto vorrei anche chiarire. Che è indubitabile, sin dal diritto classico, l'esistenza di una certa quale tendenza a riassumere il contenuto del risarcimento nel concetto, se non sempre più favorevole al creditore, certo più duttile e comprensivo, dell'id quod interest. Questa tendenza risulta ovvia sol che si pensi al notevolissimo lavoro svolto dalla giurisprudenza classica per svincolare la misura del risarcimento dalle pastoie della formula in quanti ea res est, ma risulta anche dal modo stesso di formulazione dei seguenti frammenti:

D. 50. 16. 179 (Ulp. 51 ad Sabinum) Inter hace verba « quanti ea res crit » vel « quanti eam rem esse paret » nihil interest : in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.

D. 50. 16. 193 (Ulp. 38 ad edictum) Haec verba « quanti eam rem paret esse » non ad quod in-

terest, sed ad rei aestimationem referuntur.

Tanto l'uno quanto l'altro frammento non hanno portata generale se non nella compilazione giustinianea, in quanto si trovano disposti nel titolo de verborum significatione dei Digesti: nelle opere di Ulpiano, da cui sono stati estratti, essi avevano un riferimento strettamente specifico (efr. Lenel, Palingenesia iuris civilis, Ulp. n. 2986 e 1056, nonchè, a proposito del secondo testo, Edictum perpetuum', p. 340'). Il dettato dell'uno e dell'altro dimostra ampiamente che, ai tempi di Ulpiano, la colleganza tra formula in quanti ea res est e condanna nella vera aestimatio rei non era sentita come ovvia, ma doveva essere specificamente additata.

Di fronte a questi risultati, valevoli per il diritto classico, la posizione del diritto postclassicogiustinianeo risulta ambigua e confusa, almeno a prima vista. La tendenza classica a concentrare il risarcimento del danno nel concetto dell'id quod interest è indubbiamente favorita e potenziata sino ai limiti della logica, e molte sono le interpolazioni che rivelano la sostituzione postelassico-giustinianea del metodo dall'aestimatio con quello dell'id quod interest. Tuttavia non mancano le interpolazioni in direzione perfettamente contraria (v. retro sub d), nè affermazioni generali sorprendenti, del genere di quelle che abbiamo veduto dianzi (D. 50. 16. 179 e 193). È da ritenere, peraltro, che nel diritto postelassico-giustinianeo il trionfo abbia arriso al metodo dell'id quod interest: il fatto che questo sia il prediletto dai glossatori e dai compilatori nelle interpolazioni di specie, unito all'esantoramento del processo formulare, non può non svalorizzare le dichiarazioni di D. 50. 16. 179 e 193, nella sistemazione dei quali entro il titolo de verborum significatione dei Digesti ravviseremo gli esempi di quella che, con buon fondamento, definisce il Pringsheim l'a archaistische Tendenz Justinians ».

5. – Un ultimo punto, già studiato ultimamente dal Voci, occorre ora vedere, a complemento del nostro excursus sulla dottrina classica e postclassica del risarcimento del danno. Riconosciuto che, più o meno largamente, il diritto romano riconobbe il principio, oggi imperante, dell'id quod interest, v'è da chiedersi se esso abbracciasse in sè non pure il danno emergente, ma anche il lucro cessante.

Ora, qui bisogna ricordare che il Guarneri (Miscellanea esegetica, 1. 68 s.) ha avanzato il sospetto che solo i Giustinianei abbiano concesso il risarcimento del lucro cessante, perchè interpolato gli pare l'unico testo della compilazione che di esso esplicitamente ragiona, con formulazione generale.

D. 46. 8. 13 pr. (Paulus 76 ad edictum) Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum in tantum competis «ex stipulatu actio», in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Id est-potui sarebbe interpolato e lo ammettono pure il Princshem (Studi Riccobono, vol. IV, p. 327°°) e il Voci (cit., p. 64), i quali però sostengono la tesi che il risarcimento del lucro cessante fosse già note al diritto classico. A me pare di poter addirittura sostenere, con lo Heymann (Studi Bonfante, vol. II, p. 448°), che il testo sia classico: vero è che id est è caratteristico delle giunzioni postclassiche, ma altri elementi di sospetto non vi sono; il Voci (cit., p. 64°) adduce la sconcordanza dei tempi abest... potui, ma essa – di fronte al quantum mea interfuit (non interest) – non mi par del tutto decisiva. Sta di fatto, comunque, che l'accenno al lucro cessante non può essere scalzato da D. 19. 2. 33 (African. 8 quaest.) e che parecchi decisioni di specie (fra cui quella di D. 19. 2. 30 pr., esaminato retro, n. 4, sub b) sono indubbiamente imperniate sulla considerazione, non solo del danno emergente, ma anche del lucro cessante (v. anche D. 10. 2. 25. 17, 40. 7. 3. 4, 17. 1. 22. 4, su cui Voci, cit. p. 65 s.). [Prof. A. Guarino].

135). RG. 15. 12. 1936; JW. 1937, p. 740s.

- « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO ».

Contro l'azione di risarcimento di danni promossa da un comune esercente una Cassa comunale di Giro, per rivalersi delle perdite derivate dalla concessione di crediti ad una impresa locale, effettuata contro le norme del regolamento di amministrazione, il direttore della Cassa, responsabile di tale concessione, può opporre che senza di essa il crollo dell'impresa si sarebbe verificato ancor prima, importando il licenziamento di circa 50 operai e in conseguenza l'onere per il comune di corrispondere il sussidio di disoccupazione; che l'ammontare di questi sussidi sarebbe stato maggiore della perdita subita per causa della concessione dei crediti; e che proprio per siffatte considerazioni erano stati intenzionalmente messi da parte i timori sulla sicurezza dei crediti.

Der Leiter der von einer Landgemeinde betriebenen Girokasse, der entgegen den Verwaltungsvorschriften einem ortsansässigen Fabrikanten Kredite gewährt hat, kann gegenüber dem Schadensersatzanspruch der Gemeinde wegen der aus diesem Kredit entstandenen Verluste einwenden, dass ohne diesen Kredit der Fabrikant schon früher zusammengebrochen wäre und etwa 50 Arbeiter hätte entlassen müssen, die der Erwerbslosenfürsorge der Gemeinde zur Last gefallen wären, dass die Aufwendungen hierfür höher gewesen wären als der Verlust aus dem Kredit, und dass aus diesen Gründen bewusst die Befürchtungen für die künftige Sicherheit des Kredits zurückgestellt seien.

Anmerkung. – Das Berufungsgericht hatte angenommen, « der streitige Schaden sei dadurch entstanden, dass dem Fabrikanten nicht genehmigter Kredit und überhaupt so hoher, nicht genügend gesicherter Kredit eingeräumt worden sei, dagegen sei der etwaige Vorteil aus ersparten Aufwendungen für Erwerbslosenfürsorge darauf zurückzuführen, dass nicht Ende 1928 dem Fabrikanten der Kredit gesperrt und Rückzahlung von ihm gefordert worden sei; Ursache des Schadens einerseits und des vom Beklagten behaupteten Vorteils andererseits sei also nicht dasselbe Ereignis gewesen ». Das Reichsgericht hält das für eine unzulässige Auseinanderreissung eines einheitlichen tatsächlichen Vorgangs. Es meint, dass die Kreditpolitik der Girokasse dem Fabrikanten gegenüber alle einzelnen Massnahmen, die sein Konto betrafen, zu einer Einheit zusammengefasst habe.

ALTRE OSSERVAZIONI. - La «compensatio lucri cum damno» nella teoria del risarcimento. - 1. - Il concetto della « compensatio lucri cum damno », costruito dalla pandettistica tedesca sulla base delle fonti romane (v. principalmente Örtmann, Comp. lucri cum damno, in Gellers Centralblatt für die juristische Praxis, vol. XV, p. 1 s.; dello stesso, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht [Berlin, 1901]; Eichoff, Die Lehre von der "compensatio lucri cum damno " [Kiel, 1898]; STINTZING, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadenersatzanspruch statt ? [Leipzig, 1905]; WINDSCHEID, Diritto delle pandette, trad. it. FADDA e Bensa, § 258, nota 4), trova frequente applicazione nei tribunali tedeschi (v. da ultimo RG 17. 5. 1938, JW 1938. 2203 e Giurisprudenza comparata di diritto civile, vol. vi, p. 257 s., con osservazioni di SCHMIDT e GUARINO). La « compensatio lacri » è tutt'altro che ignota alla dottrina e alla giarisprudenza italiana (v. Leone, Compensatio lucri cum damno, in Filangieri 1916, p. 176 s., 356 s.; De Cupis, in Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro, 1938, p. 57 s.; De Ruggiero, Istituzioni di diritto civile, vol. III, p. 64). È un fatto, tuttavia, che nè il codice civile italiano nè quello tedesco contengono un accenno a questo principio tradizionale. Il perchè del silenzio della legge si spiega, quanto al nostro codice, a cagione della sua diretta derivazione dal Code Napoléon, che pure tace sull'argomento; in sede di lavori preparatori del BCB si discusse invece parecchio, a quanto risulta dai Motivi (vol. II, p. 19), circa la opportunità di regolare esplicitamente l'ipotesi della compensazione del lucro col danno, ma si pervenne ad una soluzione negativa in base alla considerazione che, non prestandosi il concetto del danno ad essere definito dalla legge, sarebbe stata pericolosa una definizione della compensatio lucri cum damno,

La dottrina, sia italiana che tedesca, non ha peraltro raggiunto una posizione soddisfacente sull'argomento. Si discute tuttora circa il significato di «lucro» e soprattutto circa il punto se la compensazione debba ammettersi nel solo caso che danno e lucro derivino da un'unica azione o anche in caso che essi dipendano da avvenimenti diversi. In questa seconda ipotesi, si presenta spesso davanti ai tribunali la questione se un nesso di causalità adeguata debba sussistere fra l'evento produttore del danno e quello generatore del vantaggio.

2. – Tutte queste oscillazioni dottrinarie, ma soprattutto pratiche, sono dovute al fatto che, nel silenzio delle leggi, non pare che le fonti romane – su cui aveva costruito la pandettistica – presentino un terreno eccezionalmente solido per il raggiungimento di risultati sicuri.

Alcuni scrittori tedeschi (cfr. Larenz, Compensatio lucri cum damno [Göttingen, 1896], p. 24 s., 44 s.; Eichoff, cit. p. 37 s.; Walsmann, Compensatio lucri cum damno [Rostock, 1910] p. 52 s.), ritengono che, sia pure in casi eccezionali, era ammessa dal diritto romano la compensatio lucri anche se il danno c il vantaggio derivassero da avvenimenti diversi. Ma l'opinione è stata giustamente osteggiata dalla dottrina dominante (cfr. per tutti Örtmann, Vorteilsausgleichung cit., p. 170 s.), la quale ammette tuttavia che la compensatio potesse aversi nel caso di damnum e lucrum derivanti da una medesima azione, basandosi su un testo di Paolo, che non prova peraltro per diritto classico, essendo palesemente interpolato:

D. 19. 1. 42 (Paulus): ... similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duos statuliberos uno praetio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat; nam et hic tenebitur ex emptione actione, cum vix emptor a duobus viginti accepturus sit. sed rectius est, et in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari; et si quid deest emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei risarciri.

All'intelligenza del testo su riportato, è necessario ricordare che Paolo aveva discusso, nella prima parte, la questione se, avendo il venditore di due fondi separatamente dichiarata la loro ri-

L'Istatuo Italiano di Studi Legislatini, fondato nel 1925, cretto in onte mocale con fi. decreto 28 avvembre 1937, n. 2488 e regolato ena legge 22 giugno 1939, n. 992, è un'associazione apolitina, avento per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al diritto e, sopraratto, gli studi di Diritto Comparete.

I seei dell'Istituto banno i segnenti diritti e obblighi:

Soci onnivani, quele strameri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti consossione gratura dell' « Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi », sconto del 10 % per le altre Riviste, Oblight: quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 100.

Soci Benesientt, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti), Diritti; concessione gratuna di tutte le Riviste (meno il «Repertorio della Legislazione Mandiele»). Obblighi / quota

Per tutti i soci obbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimerne il desidecto scrivendo all Tabitulo, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istetuto Italiane di Stude Legislatici, gegrundet im Jahre 1928, stasgestattet mit juristischer Personhehkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, and geregelt durch das Gesetz. vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein anpolitischer Perein, der zum Gegenstand gesetzgeberische Studien hat, inshesondere Sindien über Statistik, Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf das Recht, and vor allem die Rechtsvergteichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Bechte und Verpflichtungen:

ORDENTLICUE MITCLIEDER, auch Ausländer (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Anstalten), Mechte: kostenlose Lieferung des a Jaarbuchs für Bechtsvergleichung und Geretagebungestudien et ein Skonto von 10 % für die andern Zeitschriften. Veroffiellungen : Eintragungsgebühr 20 Lire, jährlicher Beitrag 100 Lire.

ERREPHITGLIEBER, ench Auslander (sinschliesslich Bibliotheken und sonstige Austalten). Rechte: Lustenlose Luclerung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertormuns der Weligesetzgehung i). Verpflichungen ; fährlicher Beitrag 1600 Lice.

Die Portospesen geben stets zu Lusten des Mitglieder,

Antrage um Einennung zum Mirglied sind zu richten au das Istituto Italiano & Studi Legislativi, Roma, Ministere di Grazia e Giustinia.

Anno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis. in abbonom, postale (do Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

GIURISPRUDENZA COMPARATA DIRITTO CIVILE

A CURA DEL SECRETARIO 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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI CRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

che questo sia il prediletto dai glossatori e dai compilatori nelle interpolazioni di specie, unito all'esautoramento del processo formulare, non può non svalorizzare le dichiarazioni di D. 50. 16. 179 e 193, nella sistemazione dei quali entro il titolo de verborum significatione dei Digesti ravviseremo gli esempi di quella che, con buon fondamento, definisce il Pringsheim l'a archaistische Tendenz Justinians ».

5. – Un ultimo punto, già studiato ultimamente dal Voct, occorre ora vedere, a complemento del nostro excursus sulla dottrina classica e postelassica del risarcimento del danno. Riconoscinto che, più o meno largamente, il diritto romano riconobbe il principio, oggi imperante, dell'id quod interest, v'è da chiedersi se esso abbracciasse in sè non pure il danno emergente, ma anche il lucro cessante.

Ora, qui bisogna ricordare che il Guarneri (Miscellanea esegetica, 1. 68 s.) ha avanzato il sospetto che solo i Giustinianei abbiano concesso il risarcimento del lucro cessante, perchè interpolato gli pare l'unico testo della compilazione che di esso esplicitamente ragiona, con formulazione generale.

D. 46. 8. 13 pr. (Paulus 76 ad edictum) Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum in tantum competit «ex stipulatu actio», in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quan-

tumque lucrari potui.

Id est-potui sarebbe interpolato e lo ammettono pure il Pringsheim (Studi Riccobono, vol. IV, p. 3275°) e il Voci (cit., p. 64), i quali però sostengono la tesi che il risarcimento del lucro cessante fosse già noto al diritto classico. A me pare di poter addirittura sostenere, con lo Heymann (Studi Bonfante, vol. II, p. 448°), che il testo sia classico: vero è che id est è caratteristico delle giunzioni postclassiche, ma altri elementi di sospetto non vi sono; il Voci (cit., p. 64") adduce la sconcordanza dei tempi abest... potui, ma essa – di fronte al quantum mea interfuit (non interest) – non mi par del tutto decisiva. Sta di fatto, comunque, che l'accenno al lucro cessante non può essere scalzato da D. 19. 2. 33 (African. 8 quaest.) e che parecchi decisioni di specie (fra cui quella di D. 19. 2. 30 pr., esaminato retro, n. 4, sub b) sono indubiamente imperniate sulla considerazione, non solo del danno emergente, ma anche dei lucro cessante (v. anche D. 10. 2. 25. 17, 40. 7. 3. 4, 17. 1. 22. 4, su cui Voci, cit. p. 65 s.). [Prof. A. Guarino].

135), RG. 15, 12, 1936; JW. 1937, p. 740°.

- « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO ».

Contro l'azione di risarcimento di danni promossa da un comune esercente una Cassa comunale di Giro, per rivalersi delle perdite derivate dalla concessione di crediti ad una impresa locale, effettuata contro le norme del regolamento di amministrazione, il direttore della Cassa, responsabile di tale concessione, può opporre che senza di essa il crollo dell'impresa si sarebbe verificato ancor prima, importando il licenziamento di circa 50 operai e in conseguenza l'onere per il comune di corrispondere il sussidio di disoccupazione; che l'ammontare di questi sussidi sarebbe stato maggiore della perdita subita per causa della concessione dei crediti; e che proprio per siffatte considerazioni erano stati intenzionalmente messi da parte i timori sulla sicurezza dei crediti.

Der Leiter der von einer Landgemeinde betriebenen Girokasse, der entgegen den Verwaltungsvorschriften einem ortsansässigen Fabrikanten Kredite gewährt hat, kann gegenüber dem Schadensersatzanspruch der Gemeinde wegen der aus diesem Kredit entstandenen Verluste einwenden, dass ohne diesen Kredit der Fabrikant schon früher zusammengebrochen wäre und etwa 50 Arbeiter hätte entlassen müssen, die der Erwerbslosenfürsorge der Gemeinde zur Last gefallen wären, dass die Aufwendungen hierfür höher gewesen wären als der Verlust aus dem Kredit, und dass aus diesen Gründen bewusst die Befürchtungen für die künftige Sicherheit des Kredits zurückgestellt seien.

Anmerkung. – Das Berufungsgericht hatte angenommen, « der streitige Schaden sei dadurch entstanden, dass dem Fabrikanten nicht genehmigter Kredit und überhaupt so hoher, nicht genügend gesicherter Kredit eingeräumt worden sei, dagegen sei der etwaige Vorteil aus ersparten Aufwendungen für Erwerbslosenfürsorge darauf zurückzuführen, dass nicht Ende 1928 dem Fabrikanten der Kredit gesperrt und Rückzahlung von ihm gefordert worden sei; Ursache des Schadens einerseits und des vom Beklagten behaupteten Vorteils andererseits sei also nicht dasselbe Ereignis gewesen ». Das Reichsgericht hält das für eine unzulässige Auseinanderreissung eines einheitlichen tatsächlichen Vorgangs. Es meint, dass die Kreditpolitik der Girokasse dem Fabrikanten gegenüber alle einzelnen Massnahmen, die sein Konto betrafen, zu einer Einheit zusammengefasst habe.

ALTRE OSSERVAZIONI. - La «compensatio lucri cum damno» nella teoria del risarcimento. - 1. - Il concetto della « compensatio lucri cum damno », costruito dalla pandettistica tedesca sulla base delle fonti romane (v. principalmente Örtmann, Comp. lucri cum damno, in Gellers Centralblatt für die juristische Praxis, vol. XV, p. 1 s.; dello stesso, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht [Berlin, 1901]; Eichoff, Die Lehre von der "compensatio lucri cum damno " [Kiel, 1898]; STINTZING, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadenersatzanspruch statt? [Leipzig, 1905]; WINDSCHEID, Diritto delle pandette, trad. it. FADDA e Bensa, § 258, nota 4), trova frequente applicazione nei tribunali tedeschi (v. da ultimo RG 17. 5. 1938, JW 1938. 2203 e Giurisprudenza comparata di diritto civile, vol. v1, p. 257 s., con osservazioni di Schmidt e Guarino). La « compensatio lucri » è tutt'altro che ignota alla dottrina e alla giurisprudenza italiana (v. Leone, Compensatio lucri cum damno, in Filangieri 1916, p. 176 s., 356 s.; De Cupis, in Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro, 1938, p. 57 s.; De Ruggiero, Istituzioni di diritto civile, vol. III, p. 64). È un fatto, tuttavia, che nè il codice civile italiano nè quello tedesco contengono un accenno a questo principio tradizionale. Il perchè del silenzio della legge si spicga, quanto al nostro codice, a cagione della sua diretta derivazione dal Code Napoléon, che pure tace sull'argomento; in sede di lavori preparatori del BCB si discusse invece parecchio, a quanto risulta dai Motivi (vol. 11, p. 19), circa la opportunità di regolare esplicitamente l'ipotesi della compensazione del lucro col danno, ma si pervenue ad una soluzione negativa in base alla considerazione che, non prestandosi il concetto del danno ad essere definito dalla legge, sarebbe stata pericolosa una definizione della compensatio lucri cum damno.

La dottrina, sia italiana che tedesca, non ha peraltro raggiunto una posizione soddisfacente sull'argomento. Si discute tuttora circa il significato di «luero» e soprattutto circa il punto se la compensazione debba ammettersi nel solo caso che danno e lucro derivino da un'unica azione o anche in caso che essi dipendano da avvenimenti diversi. In questa seconda ipotesi, si presenta spesso davanti ai tribunali la questione se un nesso di causalità adeguata debba sussistere fra

l'evento produttore del danno e quello generatore del vantaggio.

2. – Tutte queste oscillazioni dottrinarie, ma soprattutto pratiche, sono dovute al fatto che, nel silenzio delle leggi, non pare che le fonti romane – su cui aveva costruito la pandettistica – presentino un terreno eccezionalmente solido per il raggiungimento di risultati sicuri.

Alcuni scrittori tedeschi (cfr. Larenz, Compensatio lucri cum damno [Göttingen, 1896], p. 24 s., 44 s.; Eichoff, cit. p. 37 s.; Walsmann, Compensatio lucri cum damno [Rostock, 1910] p. 52 s.), ritengono che, sia pure in casi eccezionali, era ammessa dal diritto romano la compensatio lucri anche se il danno e il vantaggio derivassero da avvenimenti diversi. Ma l'opinione è stata giustamente osteggiata dalla dottrina dominante (cfr. per tutti Örtmann, Vorteilsausgleichung cit., p. 170 s.), la quale ammette tuttavia che la compensatio potesse aversi nel caso di damnum e lucrum derivanti da una medesima azione, basandosi su un testo di Paolo, che non prova peraltro per diritto classico, essendo palesemente interpolato:

D. 19. 1. 42 (Paulus): ... similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duos statuliberos uno praetio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat; nam et hic tenebitur ex emptione actione, cum vix emptor a duobus viginti accepturus sit. sed rectius est, et in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari; et si quid deest

emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei risarciri.

All'intelligenza del testo su riportato, è necessario ricordare che Paolo aveva discusso, nella prima parte, la questione se, avendo il venditore di due fondi separatamente dichiarata la loro riGERMANIA

spettiva estensione ed avendo egli venduto i due foadi per uno stesso prezzo al compratore, il compratore potesse, in caso di evizione, rivalersi della minore estensione (o produttività) d'un fondo operando la compensazione con la maggiore estensione (o produttività) dell'altro: ma la risposta era stata negativa. La fine del brano introduce invece ex abrupto un criterio di eggità, in base al quale vuolsi giustificare, per quello e per ogni caso consimile, l'ammissibilità di una compensatio lucri cum damno. Ma non vi è dubbio che il passo sia profondamente alterato nel periodo sed rectius est-fin., se non addirittura da similis quaestio (cfr. Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, sht.).

Il problema che qui si pone è se il testo di Paolo, così alterato come è nei Digesti, rappresenti veramente il diritto giustinianco, o sia piuttosto il relitto di una solitaria alterazione postelassica e pregiustinianea, non presa in eccessiva considerazione da Triboniano e dai suoi collaboratori.

Ora, senza addentrarci eccessivamente nell'analisi testuale, occorre notare che, a parte il frammento di Paolo su riportato e D. 38. 17. 2. 44 di Ulpiano (di significato molto dubbio, nonchè ampiamente alterato), non esistono frammenti nei Digesti, i quali comprovino direttamente o indirettamente, per diritto classico come per diritto giustinianeo, l'esistenza di un principio generale della « compensatio lucri » (v., sul punto, particolarmente Leone cit., p. 193 s.). Esistono invece decisioni di specie, le quali negano, ora in questa ora in quella occasione, la compensabilità del danno prodotto da un evento con il vantaggio derivato dal medesimo evento (cfr. D. 17. 2, 23, 25, 26; 19. 5. 5. 5; 3. 5. 10; 26. 7. 39. 14).

Di fronte a questo stato delle fonti, il Leone (cit., p. 205) crede di poter concludere che, pur mancando attestazioni positive, esistono prove indirette che la « compensatio lucri » era ammessa nel diritto romano: « tutte queste leggi non avrebbero sentito il bisogno di escludere espressamente la compensatio lucri, se questa non fosse stata riconosciuta come un principio che va inteso da sè », Ma occorre dire che il ragionamento del Leone è alquanto superficiale, principalmente finchè egli non chiarisce che cosa s'abbia ad intendere per « diritto romano », se il classico o il giustinianeo. Le attestazioni generali sulla « compensatio lucri » mancano nel diritto classico, ma - almeno secondo il Leone, il quale attribuisce le alterazioni di D. 19. 1. 42 ai compilatori giustinianei - non mancano punto nel diritto delle Pandette; dimodochè, dato che a fondare storicamente la tesi di una sussistenza del principio della « compensatio » nel diritto moderno basta, come è evidente, far capo per lo meno al diritto giustinianeo, dovrebbe concludersi che esiste, in questo diritto, una prova diretta dell'ammissione della compensabilità. Quanto alle pretese prove indirette, rappresentate dalle decisioni di specie che negano esplicitamente la « compensatio », occorre dire che l'argomento del Leone si ritorce contro lui stesso: non è escluso che il giurista neglii possa applicarsi un principio che non esiste e che in pratica si tende ad invocare. È intuitivo che, se una sentenza o un autore neghino la applicabilità di questo o quel principio, questa non è la prova della esistenza del principio. che può esistere anche nelle illusioni dei contraddittori.

Io ritengo, dal mio canto, che il « sed rectius est etc. » di D. 19. 1. 42 non sia punto una prova diretta e incrollabile della esistenza della « compensatio lucri cum damno » nel diritto giustinianeo. A prescindere dal fatto che l'affermazione non è generale, ma si riferisce a limitate ipotesi di danno contrattuale (a in omnibus suprascriptis casibus »), vi è il sospetto che il periodo sia stato vergato da qualche penna postelassica e pregiustinianea. Dato quindi il limitato valore di questa testimonianza e data l'esistenza, nei Digesti, di qualche reciso ed esplicito diniego della « compensatio », deve onestamente concludersi: a) che è probabile che il principio della « compensatio lucri » non sia stato conosciuto dal diritto classico; b) che è dubbio che il diritto giustinianeo lo abbia conosciuto e applicato come regola.

3. - Dato il poco fondamento storico di cui può godere il principio della « compensatio lucri cum damao» e dati gli importanti sviluppi teorici e pratici di cui esso, una volta ammesso nel nostro diritto, può essere capace, sorge la domanda se non sia opportuno che il legislatore italiano stabilisca una volta per sempre, con un esplicito articolo di legge, la regola della « compensatio », determinandone con sicurezza i presupposti e i limiti di applicabilità. Problema, come può intendersi, di interesse attuale, data l'imminenza della riforma del nostro diritto delle obbligazioni.

Il progetto ministeriale del nuovo Libro delle obbligazioni (Roma, 1940), pur dedicando sei

articoli del titolo I (« Delle obbligazioni in generale ») alla determinazione ed al regolamento della prestazione dell'«id quod interest», non parla affatto della «compensatio lucri». Ma è una lacuna che va - a mio avviso - colmata.

Ed infatti non sussistono, in ordine al progetto, quegli ostacoli che indussero il legislatore tedesco a taccre del tutto in merito alla « compensatio lucri » (v. retro n. 1). Dice infatti l'art. 19: «La prestazione del risarcimento del danno, qualunque sia il titolo per cui è dovuta, deve reintegrare il danneggiato nella situazione patrimoniale, in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato il fatto lesivo, tenendo conto così delle perdite di utilità già acquisite al patrimonio, come del lucro cessante, in quanto siano conseguenze necessarie del fatto lesivo. Il lucro cessante sarà, in ogni caso, valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto, dentro il limite segnato dal precedente comma ». Ed aggiunge l'art. 24: « I danni non patrimoniali sono risarcibili solamente nei casi determinati dalla legge e nelle forme da essa stabilite ».

Il concetto del « danno » risulta da queste norme abbastanza chiaramente definito: a) «Danno » è, di regola, una diminuzione del patrimonio in conseguenza di un fatto lesivo commesso da un terzo: b) il danno deve essere « conseguenza necessaria » del fatto lesivo; c) danno non è solamente una diminuzione effettiva del patrimonio (damnum emergens), ma anche un mancato accrescimento (lucrum cessans), entro i limiti in cui il lucro cessante può logicamente farsi dipendere dal fatto lesivo; d) la valutazione del lucro cessante è rimessa, per maggior sicurezza, all'equo apprezzamento del giudice. Circa quest'ultimo punto, osserva molto giustamente la relazione del Guardasigilli (n. 31): « Il diverso contenuto del potere del giudice nell'accertamento dei due componenti del danno è giustificato dalla facilità di una prova certa e concreta del danno emergente, e dal carattere presuntivo della prova del lucro cessante. La pratica ha dato luogo non di rado a esagerazioni, che il giudice fino ad oggi non ha potuto evitare; ogni pretesa di risarcimento di danni futuri si suole fondare sulla base del corso normale degli eventi, mentre il dubbio che questa normalità non sia ogni volta costante deve indurre il giudice, caso per caso, a temperamenti che proporzioneranno meglio l'ammontare della liquidazione giudiziale».

Tutto ciò dimostra che il legislatore fascista, non solo si appresta a darci un chiaro concetto di « danno », ma anche un chiaro concetto di « lucro », anche se sotto la specie del « lucro cessante » provocato da un fatto lesivo dell'altrui patrimonio. Lucro è il reciproco del danno: esso può consistere in un vantaggio attuale ed esattamente valutabile, ma anche in un vantaggio potenziale (cd è questo il caso più frequente), di cui l'autore del fatto lesivo può fornire soltanto una prova di carattere presuntivo, che è giusto sottoporre all'equo apprezzamento del magistrato. L'esplicito riferimento dell'equo apprezzamento del giudice nella determinazione del luoro cessante renderà ancora più difficile, nella nuova legge, la ammissibilità della « compensatio lucri cum damno », mentre rende altamente desiderabile - dato che siamo ancora in sede di progetto - che il legislatore fascista introduca esplicitamente nel sistema del codice civile il principio della « compensatio lucri », richiedendo: a) che il lucro sia « conseguenza necessaria » dello stesso evento onde è derivato il danno: b) che la sua valutazione, ai fini della compensazione col danno, e quindi ai fini della determinazione definitiva dell'aid quod interest » (se non addirittura - caso limite - della esclusione del risarcimento), sia rimessa all'eque apprezzamento del giudice.

Il progetto ha già fatto un notevole passo in avanti, rispetto al codice civile, ammettendo esplicitamente quella « compensazione delle colpe », che tanti dubbi ancora solleva in parte della nostra dottrina (v., in proposito, supra, Guarino, Concorso del fatto del danneggiato nella produzione del danno risarcibile, osservazioni alla sent. n. 169). A maggior ragione dobbiamo quindi augurarci che il nuovo Libro delle obbligazioni introduca e disciplini espressamente la «compensatio lucri cum damno », per lo meno nei limiti da noi dianzi segnati. [Prof. Antonio Guarino].

136). KG. 20, 11, 1936; JW. 1937, p. 554 con osservazioni di Kisech.

- PENA CONVENZIONALE.
- GELDSTRAFEN.
- PENALTY.
- AMENDES.

L'Istituto Baliano di Siudi Legislativi, fondato nel 1925, eretto in ente morale con R. decreto 29 novembre 1937, n. 2488 e regolato con legge 22 giugno 1939, n. 092, è an'associazione apolitica, avente per oggetto gli studi logislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al diritto e, sopratutto, gli svodi di Diritto Comporato.

I sori dell'Istituto hanno i seguenti dicetti e abblighi:

Soci ordivari, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti: cancessione gratura dell' a Annuario di Diritto Comperato e di Studi Legislativi si sconto del 10 % per le altre Biviste, Obblight : quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 150.

Soci Benesiumit, anche spareeri (compresi Biblioteche ed Ean). Dirini: concessione gratuita di tutte le Riviste (mene il « Repertorio della Legislazione Mondiale »). Obblighi ; quota

Per tutti i soci obbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esperatrue il desiderio scrivendo all'Istitute, Roma, Ministero di Grazia e Giustinia

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Italiano di Studi Legislatioi, gegrundet im Jahre 1925, a argestattet mit juristischer Personhehkeit durch Kgi, Erless vom 29. November 1987, Nr. 2488, und gyregelt durch das Gesetts vom 22. Juni 1989, Nr. 992, ist ein unpulitischer Verein, der zum Gegenstand gesetzgeberische Studien hat, inshesondere Studien über Statistik, Wirtschaft und Geschiebte in ihrer Anwendung auf des Recht, und vor alien die Rechtsvergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

ORDERTLICHE MITTELLEDER, auch Auslander (einschliesslich Bibliotheken und sonstige Anstalten). Nechte: Lostenlose Lieferung des « Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Geseizenbungsstudier at em Skonto von 10 % für die andera Zeitschniften. Verpflichengen : Eintragungsgebühr 20 Lire; jührlicher Beitrag 100 Lire,

Enngwattrongeden, auch Ausländer (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Austalten). Rachte: kostanlose Lieferung aller Leitschriften (mit Ausnahme des vRoportuniums der Weltgractsgebung s)... Verpflichtungen: jährlicher Beitrag 1000 Lire.

Die Pertospesen gehen stets zu Lasten der Mitglieder.

Autrage um Ernennung zum Mithlied solle zu richten an dus Istitute Italiane di Stadt Legislasini, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

Anne VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis, in abbonom, pastale (4º Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI Roma - Ministero di Grazia e Giustizia, 1941-XIX

GERMANIA

enti considerati, e per la cura di loro meri interessi privatistici. In quanto il funzionario, che ha agito per l'ente, non sia costituzionalmente designato a rappresentare quest'ultimo, può l'ente stesso addurre la prova liberatoria di cui al § 831 cod. civ.

Qualora, invece, il danno sia stato cagionato nell'esercizio di un potere pubblico del funzionario, si verifica la responsabilità di cui al § 839 cod. civ. in relazione all'art. 131 della Costituzione di Weimar, nei limiti definiti dalle leggi sulla responsabilità dello Stato e dalle leggi altrimenti applicabili. Di fronte a tale limitata responsabilità, non può in alcun modo invocarsi il § 823 cod. civ., quand'anche al tempo stesso sussistano gli estremi

delle fattispecie in esso contemplate.

Se l'atto dannoso, compiuto dall'impiegato operando nell'ambito privatistico dell'attività dell'ente costituisca violazione colposa di un dovere di ufficio, e rivesta, insieme, gli estremi dell'atto illecito di cui al § 823 cod. civ., la responsabilità dell'impiegato può venire esclusa, a mente del § 839, comma 1, periodo 2 cod. civ., e tuttavia l'ente preponente rimanere obbligato al risarcimento, giusta i §§ 19, 30, 31 ed, eventualmente, 831 cod. civ.

Rimane aperta la questione se un atto, ed uno soltanto, di un funzionario, compiuto nella sfera privatistica di attività dell'ente, possa al tempo stesso riguardarsi come escrcizio di un potere pubblico ad esso confidato. In tal caso verrebbe a sussistere un concorso di responsabilità ex §§ 89, 30, 31, 823 segg. cod. civ., da un lato, e cx art. 131 costituzione di Weimar e § 839 cod. civ. dall'altro. In casi e circostanze date, pertanto, l'ente preponente può liberarsi dalla responsabilità di cui agli articoli 131 costituzione di Weimar e 839 cod. civ., e rimanere, ciononostante, obbligato a mente dei §§ 89, 30, 31, 823 ed, eventualmente, 831 cod. civ.

Oeffentlich-rechtliche Körperschaften haften für eine Schadenszufügung ihrer Beamten durch unerlaubte Handlungen im Sinne der §§ 823 ff BGB., die diese im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der in Frage kommenden Körperschaft und in Wahrnehmung von deren rein privatrechtlichen Interessen begangen haben, wie jede Privatperson. Soweit der Handelnde kein verfassungsmässig berufener Vertreter war, steht ihnen auch der Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. offen.

Ist der Schaden in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt zugefügt, so tritt die Haftung nach § 839 BGB. in Verbindung mit Art. 131 WeimVerf. in den von den Staatshaftungsgesetzen oder der sonst zuständigen Gesetzgebung gezogenen Grenzen ein. Gegenüber dieser beschränkten Haftung ist für Anwendung der §§ 823 ff BGB. kein Raum, auch wenn

einer dieser Tatbestände zugleich vorliegt.

Für die schädigende Handlung eines im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis handelnden Beamten kann bei einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung, die zugleich eine unerlaubte Handlung ist, die Haftung des Beamten nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. ausgeschlossen sein,

der Dienstherr aber nach §§ 89, 30, 31 evtl. 831 BCB. ersatzpflichtig sein.

Es bleibt dahingestellt, ob ein und dieselbe Handlung eines Beamten, die im bürgerlichrechtlichen Geschäftskreis vorgenommen ist, zugleich als Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt angesehen werden kann. In solchem Falle bestände eine Haftungskonkurrenz für die Haftung aus §§ 89, 30, 31, 823 ff BGB. mit jener aus Art. 131 Weim Verf., § 839 BGB. Der öffentlich-rechtliche Dienstherr kann danach unter Umständen sich von der Haftung aus Art. 131 Weim Verf., § 839 BGB. befreien, trotzdem aber nach §§ 89, 30, 31, 823 und ev. 831 BGB. haften.

Anmerkung. - In RGZ. Bd. 151, S. 385 (s. auch diese Zeitschrift, III, Nr. 266) ist angenommen worden, dass eine Haftungskonkurrenz des Staates in Betracht kommen kann, wenn der Schaden durch verschiedene Personen verursacht ist, die teils als Beamte in Ausübung öffentlicher Gewalt ihre Amtspflicht verletzt, teils als Nichtbeamte eine unerlaubte Handlung begangen haben.

Zu Leitsatz 2 siehe RGZ. Bd. 139, S. 152; Bd. 154, S. 117, J. W. 1937, S. 1706 nebst Besprechung von Reuss in JW. 1937, S. 1967. Ständige Rechtsprechung.

ALTRE OSSERVAZIONI. - In tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione per atti illeciti dei propri dipendenti. - La dottrina e la giurisprudenza italiane escludono, giustamente, che dall'atto illecito di un dipendente possa scaturire una responsabilità indiretta dell'Ente pubblico. L'Ente pubblico è, peraltro, direttamente responsabile degli atti dolosi o colposi commessi dai propri funzionari e impiegati nei limiti del rapporto di preposizione all'ufficio, cioè in quanto diretti all'attuazione dei fini dell'ente. Perspicue in materia le due sentenze della Suprema Corte 9.5, 1933 e 19. 4. 1937 (riportate in Giurisprudenza civile di diritto comparato, vol. V, p. 234 s., con osservazioni di De Martino). Per la dottrina, cfr., da ultimo, Lessona, Sulla responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti dei loro organi, RDPub. 1933, 1, 449 s.; CALAMANDREI, eod. 454 s.; VITTA, Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti, GI 1924, IV, 1 s. [Prof. Antonio Guarino].

- 149), RG. 1. 10. 1936; RGZ. vol. 152, p. 208; JW. 1937, p. 153.
- 150) RG. 5. 4. 1937; RGZ. vol. 154, p. 236; JW. 1937, p. 1703.
- Matrimonio Uccisione di uno dei coniugi Risarcimento del danno « Com-PENSATIO LUCRI CUM DAMNO » - CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO.
- EHE VERURSACHUNG DES TODES EINES VERHEIRATETEN SCHADENSERSATZ VOR-TEILSAUSGLEICHUNG - MITVERSCHULDEN DES GESCHÄDIGTEN.
- MARRIAGE ACT CAUSING DEATH OF ONE SPOUSE DAMAGES « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » - CONTRIBUTORY NEGLIGENCE.
- Mariage Acte ayant causé la mort d'un des conjoints Réparation du dom-MAGE - « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » - FAUTE CONCURRENTE DE LA PER-SONNE AYANT SUBI LE DOMMAGE.
- 1. Significa disconoscere l'essenza dell'istituto matrimoniale il voler pretendere che lo scioglimento del matrimonio, in caso di uccisione della moglie, costituisca un vantaggio per il marito, per ciò, che col matrimonio vengon meno le spese, ad esso increnti, del mantenimento della moglie.

2. Il valore dei servigi venuti a mancare per effetto del fatto dannoso, e costituenti oggetto del risarcimento, a mente del § 845 cod. civ., è indipendente dalla circostanza che alla perdita di quei servigi si accompagni o pur no la cessazione dell'obbligo di manteni-

mento della persona obbligata alla prestazione di essi. (Sent. n. 149).

1. Non si può, senza disconoscere i caratteri essenziali del matrimonio, ritenere che lo scioglimento di questo per la morte del marito, e il conseguente riacquisto della libertà di lavoro da parte della moglie, oramai svincolata dai doveri domestici impostile nei confronti del marito (§ 1356 cod. civ.), costituiscono vantaggi collegati alla morte di questo. Il principio della compensazione del lucro col danno non è invocabile nella materia in esame.

2. Trattasi, invece, di applicare il § 254, comma 2 cod. civ., secondo cui la sussistenza dell'obbligo di risarcimento del danno e la determinazione del suo ammontare dipendono dalle circostanze del caso concreto, anche quando il concorso di colpa del danneggiato siasi limitato al non aver questi impedito la produzione dell'evento dannoso o nel non averne

attenuato le conseguenze.

3. Per stabilire se nella determinazione del risarcimento spettante alla vedova, bisogna tener conto o meno dei guadagni che questa sarebbe ora in grado di conseguire, occorre indagare se e in quali limiti si può, secondo le circostanze, pretendere che essa utilizzi a fini di guadagno la propria capacità di lavoro, ora liberamente esplicabile perchè non più vincolata ai sensi del § 1356 cod. civ., rinnovando o attenuando in tale guisa il danno. Ripugna al sano sentimento giuridico collettivo il fatto che una giovane vedova, senza figli, che, se non avesse contratto matrimonio, avrebbe dovuto procurarsi un guadagno. non faccia, dopo la morte del marito, che ne era il sostegno, alcun uso della possibilità a lei aperta di provvedere da sè al proprio mantenimento (Sent. n. 150).

L'Isricuto Italiano di Studi Legislotivi, fondato nel 1925, eretto in ente morale con R. decreto 29 novembre 1937, n. 2488 e regulate con legge 22 giugno 1939, n. 992, è an'associazione apolitica, avente per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al diritto e, sopratutto, gli studi di Diritto Comparato.

I soci dell'Istituto hanno i segnenti destiti e obblighi:

Soci ondinant, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Dirigit: concessione gratuits dell' « Aumario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi », sconto del 10 % per le altre Biviste Obblight quots d'iscrimone l'are 20; quots annuale Line 100.

Som Benefitte, anche stranteri (compresi Biblioteche ed Enti). Dirini; concessione grainita di tutte le Riviste (meno il « Repertorio della Legislazione Mondiale »). Obblighi : quota

Per tutti i suci obbligo del rimborso delle spese poutali.

Per la nomina a sucio, esprimerne il desiderio scrivendo all'Isituto, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Italiano di Studi Legislativi, gegrundet im Jahre 1925, ansgestattet mit juristischer Personlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch das Gesetzvom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein impolitischer Verein, der zum Gegenstand gesetzgeberische Studien hat, mabesondere Studien über Statistik. Wirtschaft und Geschiebte in ihrer Anvendung auf das Recht, und vor allem die Rechtwergleichung.

Die Misglieder des Insutats haben auchstehende Rechte und Verpflichtungen:

Ontentiache Mittelieden, auch Ausfänder (einschliesslich Bibliotheken und sonstige Austalten). Rechte : kost en lose Lieferung des Fahrbuchs für Rochtsvergleichung und Gesetzgebungsstudien v; ein Skonto von 10% für die andera Zeitschriften, Verpflichungen : Eintragungsgebahr 20 Lire; jährlicher Beitrag 100 Lire.

Essermirchedes, such Auslander (einschliesslich Bibliotheken und soustige Austalten). Reside : Louis e Liefering aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertoriums der Weltgesetzgehung v. Verpflichnungen, jährlicher Beitrag 1000 Inc.

Die Fortoepesen gehen stete zu Lasten der Mirglieden.

Antrage um Ernennung zum Mitglied sind zu nichten an das Istieuzo Ivaliano di Studi Legislatini, Roma, Ministero di Grazia e Giustinia.

Apno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis. in abbonom, postals (40 Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

GIURISPRUDENZA COMPARATA DIRITTO CIVILE

A CURA DEL SECRETARIO 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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI Roma - Ministero di Grazia e Giustizia, 1941-XIX

- GUARANTEE PLEAS MAINTAINABLE BY SURETY PRINCIPLE OF GOOD FAITH EXCLU-SION OF LIABILITY.
- Cautionnement Exceptions de la caution Principe de la bonne foi Exclusion de la responsabilité.

Il § 254 si riferisce soltanto alle obbligazioni per risarcimento di danni e non è pertanto applicabile alle pretese, come tali, nascenti dal contratto di fideiussione.

Anche il rapporto di fideiussione soggiace al principio della buona fede (Treu und Glauben), ai sensi dei §§ 157 e 242 cod. civ., che possono quindi, in dati casi, portare ad escludere la responsabilità del garante.

Gegenüber einem Anspruch aus Bürgschaftsvertrag als solchem ist § 254 BGB. nicht anwendbar, denn § 254 BGB. bezieht sich nur auf Schadensersatzforderungen.

Auch der Bürgschaftsvertrag steht unter den Regeln von Treu und Glauben nach §§ 157, 242 BGB., die zu einer Verneinung der Bürgschaftshaftung führen können.

Anmerkung. – Zu Satz 2 heisst es in dem Urteil: « Mit Treu und Glauben ist es nicht in Einklang zu bringen, wenn das leitende Organ einer Gemeinde jahrelang in gröblicher Weise gegen seine Aufsichtspflicht verstösst, wenn durch solches Verschulden Veruntreuungen ermöglicht und Schäden verursacht werden, und dafür dann seitens der Gemeinde ein Dritter auf Grund einer Bürgschaft in Anspruch genommen werden soll, nachdem der Bürge selbst sogar mehrfach vergebens um Abhilfe bei dem Gemeindevorstand vorstellig geworden ist ».

162), RG. 17. 12. 1936; RGZ. vol. 152, p. 123; JW. 1937, p. 676 con osservazioni di Weimar.

- FIDEIUSSIONE A TERMINE MORATORIA LEGALE DEI CREDITI IPOTECARI EFFETTI SULLA DURATA DELLA FIDEIUSSIONE.
- Zeitbürgschaft Gesetzliche Hypothekenstundung Einfluss auf die Dauer der Bürgschaft.
- GUARANTEE LIMITED IN TIME STATUTORY MORATORIUM OF MORTGAGES EFFECT ON TIME LIMIT OF GUARANTEE
- Cautionnement pour période déterminée Moratoire hypothécaire légal -Effets sur la durée du cautionnement.

Nel silenzio della legge sulla moratoria dei crediti ipotecari, e in mancanza di altri elementi, non può ritenersi che il legislatore, oltre ad imporre al creditore la moratoria, abbia inteso precludere a questo anche la possibilità di avvalersi del rimedio giuridico della notificazione, di cui al § 777 cod. civ., con l'effetto di fargli ab initio perdere la garenzia del credito, consistente nella fideiussione a termine.

Beim Schweigen der Gesetze betreffend die Hypothekenstundung und beim Fehlen sonstiger Anhaltspunkte kann es nicht als der Wille des Gesetzgebers angesehen werden, dass dem Gläubiger über die ihm auferlegte Stundung hinaus die Rechtsbehelfe aus § 777 Absatz 1 BGB. mit dem Ergebnis abgeschnitten werden sollten, dass er die in der Bürgschaft bestehende Sicherheit von vornherein verliert.

ANNO 1938

I. - OBBLIGAZIONI - PARTE GENERALE *

Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse — Obligations (general)

— Théories générales des obligations.

163). RG 3. 8. 1938; RGZ 158, 166; JW 1938, 2809.

- CAMBIAMENTO TOTALE DEL FONDAMENTO DI UN CONTRATTO BUONA FEDE FIDEIUS-SIONE.
- Wegfall der Geschäftsgrundlage Treu und Glaube Bürgschaft.
- FAILURE OF CONTRACT'S BASIS GOOD FAITH GUARANTEE.
- CHANGEMENT TOTAL DE LA BASE DU CONTRAT BONNE FOI CAUTIONNEMENT.

Se il fondamento (Geschäftsgrundlage) di un rapporto contrattuale viene a mutarsi radicalmente in seguito ad un'alterazione delle condizioni economiche, il creditore non può più esigere dal debitore l'adempimento della prestazione dedotta in contratto, se ciò possa risultare contrario ai principi della buona fede. Questa massima deve tuttavia applicarsi con particolare cautela in ordine ai negozi di garanzia (1).

Wenn die Geschäftsgrundlage eines Vertrages infolge einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse wegfällt, so kann der aus dem Vertrag Berechtigte den Verpflichteten an dem Vertrag nicht mehr festhalten, falls dies gegen Treu und Glauben verstossen würde. Bei einer Bürgschaft ist dies jedoch mit besonderer Vorsicht zu beurteilen.

Die Firma Geschwister Ga., deren Mitinhaber die Kläger sind, stand mit der Firma Gü., der Beklagten zu 1, deren Mitinhaber die Beklagten zu 2 und 3 sind, in Geschäftsverbindung. Die erstgenannte Firma Ga. ist eine Krawattenstoffweberei und lieferte an die Firma Gü. Krawattenstoffe; sie hatte gegen diese Firma eine erhebliche Forderung. In Mai 1932 kam zwischen den Beteiligten ein Abkommen zustande, wonach auch von anderen Lieferanten Ware an die Firma Gü. zu liefern war, die Rechnungen jedoch an die Firma Ga. einzusenden waren; diese beglich die Rechnungen.

berechnete aber einen Aufschlag gegenüber der Firma Gü. Geliefert hat u. a. auch die Beklagte zu 4. Der Treuhänder St., der bereits seit dem August 1931 im Auftrage der Firma Gü. als Treuhänder für diese tätig war und die Geschäftsführung dieser Firma weiterhin überwachen sollte, fertigte in der Folgezeit Bilanzen an, über deren Richtigkeit die Parteien streiten. Gegen Ende des Jahres begannen Verhandlungen zwischen den beteiligten Firmen und dem Treuhänder – St., seit Anfang 1933 dessen Nachfolger J. –, nach denen die Geschäftsbeziehungen mit der Firma Ga. auf eine andere

^{*} La presente rassegna è stata redatta dal dr. HANS SCHMIDT (Amburgo).

⁽¹⁾ Il principio della buona fede nell'interpretazione del negozio giuridico.

La sentenza RG 3. 8. 1938 sopra riportata riveste, per il giurista italiano, un particolare interesse a causa della applicazione che essa fa del principio contenuto nel § 242 BGB.

La norma del § 242 BGB è la seguente: « Il debitore è tenuto a compiere la prestazione secondo è richiesto dalla buona fede, avuto riguardo all'uso dei comuni rapporti». Già da tempo la dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno assegnato alla disposizione un campo di applicabilità

Grundlage gestellt werden sollten. Unter dem 27. Jan. 1933 richtete die Beklagte zu 4 an die Firma Ga. folgendes Schreiben:

« Wir haben mit der Firma Gü, ein Abkommen getroffen, wonach wir diese mit Krawattenstoffen beliefern gegen Drei-Monatsakzepte, die einen Monat nach der Lieferung auszustellen sind. Der Kredit soll einesteils die Firma Gu unterstützen, andernteils aber auch dazu dienen, alle alten Verbindlichkeiten dieser Firma zu tilgen. Mit Rücksicht darauf, dass Sie die Firma Gü. bisher allein durch Ihre Kredite aufrechterhalten haben, übernehmen wir hiermit Ihnen gegenüber die Bürgschaft für Ihre gesamten Forderungen aus Lieferungen an die Firma Gü., die vor dem 1. Jan. 1933 erfolgten. Wir erwarten, dass Gü. in der Lage sein wird, seine alten Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber bis Anfang Mai 1933 abzudecken, Sollte jedoch bis zu diesem Zeitpunkt völlige Abdeckung nicht möglich sein, so werden wir die Firma Gü. ermächtigen, bei den Regulierungen jeweils 10 % von unseren Rechnungen in Abzug zu bringen und uns auf ein Sonderkonto als Darlehen gutzuschreiben so lange. his alle alten Verbindlichkeiten abgedeckt sind

GERMANIA

Das auf diese Weise entstandene Darlehns. konto soll dann allmählich abgedeckt werden. so wie es die geldliche Lage der Firma gestat-

Die Fa. Ga, hat die Kläger ermächtigt, ihre Ansprüche aus der Bürgschaft im eigenen Namen geltend zu machen. Die Kläger verlangen von den vier Beklagten als Gesamschuldnern Zahlung von 16000 RM an die Firma Ceschwister Ga., indem sie geltend machen, dass deren Forderung gegen die Firma Gü, aus der Zeit vor dem 1. Januar 1933 mindestens noch in dieser Höhe bestehe. Die Beklagte zu 1. die Firma Gü., sowie die Beklagten zu 2 und 3, die Eheleute Gü., sind im ersten Rechtszuge durch Versäumnisurteil nach dem Klagantrage verurteilt worden. Die Klage gegen die Beklagte zu 4 ist vom Landgericht wie auch vom Bernfungsgericht abgewiesen worden.

Das Reichsgericht hob dieses Urteil, soweit es die Beklagte zu 4 betrifft, auf, erklärte den Klaganspruch gegenüber der Beklagten zu 4

molto più vasto di quanto forse il legislatore del 1896 non si aspettasse (1). Era naturale che questa tendenza largheggiante fosse portata alle estreme conseguenze nella Germania nazionalsocialista. Cli stessi moventi che indussero ivi, in questi ultimi anni, alla ammissione della analogia nel campo della interpretazione delle norme penali operarono, in fondo, perchè al § 242 si facesse richiamo tutte le volte in cui un contrasto stridente potesse prodursi fra gli effetti, per dir così, strettamente legali di un negozio giuridico (ed in ispecie di un negozio contrattuale) e la incoercibile nuova Rechtsanschauung del Nazionalsocialismo.

Ma occorre dir subito che, sin che nuove disposizioni legislative espresse non verranno ad innovare radicalmente il diritto privato germanico, una applicazione troppo intensa del principio contenuto nel § 242 BGB non potrà non apparire, a stretto rigor di diritto, eccessiva e quindi ingiustificata. Non si mette in discussione - preciso - la giustezza innegabile della concezione tedesca, che è anche la concezione dominante in Italia, ma si esclude che essa possa servirsi in tutto e per tutto, ai fini della sua applicazione pratica, del § 242 BGB, la cui sfera di riferimento è innegabilmente molto limitata. I quali rilievi non toccano, in ogni caso, le conclusioni della sentenza RG 3. 8. 1938 qui commentata: conclusioni che implicano un molto corretto ed interessante riferimento a quella teoria germanica della Voraussetzung o, con termine e concetto più moderni, della Geschäftsgrundlage, che può dirsi accolta, entro certi limiti, anche dalla giurisprudenza italiana (2).

2. - Al § 242 BGB corrisponde, nel diritto privato italiano, l'art. 1124 cod. civ., perfettamente identico agli artt. 1134 al. 3 c 1135 del cod. civ. francese: « 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 ».

Per quanto non sia disposto, insieme con gli artt. 1131-1139, sotto il titolo « Dell'interpretazione dei contratti » (3), bensì sotto quello « Degli effetti dei contratti » (4). l'art. 1124 è indubbia-

(4) Cod. civ. Libro III, Tit. IV, Cap. I, Sez. I, § III.

dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies zur weiteren Verhandlung über die Höhe des Anspruchs zurück.

Die Beklagte zu 4 (künftig die Beklagte genannt) hat ihren Antrag auf Klagabweisung darauf gestützt, dass sie ihre Bürgschaftsverpflichtung wegen arglistiger Täuschung und wesen Irrtums angefochten habe. Das Berufungsgericht geht zugunsten der Beklagten davon aus, dass ihr Schreiben vom 3. Mai 1933 als Anfechtung des Bürgschaftsvertrages angesehen werden könne; die Beklagte hat darin mit näherer Begründung erklärt, dass sie sich nicht mehr an ihre Bürgschaftserklärung gebunden fühle, da die Voraussetzungen, unter denen sie die Erklärung abgegeben habe, so vollkommen geändert worden seien, dass man ihr nicht mehr zumuten könne, ihre Zusage aufrechtzuerhalten. Es kann dahinstehen, ob dieser Inhalt des Schreibens vom 3. Mai 1933 der Voraussetzung des § 143 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht; denn die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die sachlichen Voraussetzungen der Anfechtung im vorliegenden Fall verneint, beruhen nicht auf Rechtsirrtum. Die Beklagte hat ihre Verpflichtung aus der Bürgschaftserklärung mit folgender Begründung abgelehnt: Die von dem Trenhänder St. zum 31. Oktober 1932 aufgestellte Bilanz sei uurichtig gewesen, weil sie die Verpflichtungen der Firma Gü., insbesondere gegenüber der Firma Ga., zu niedrig angegeben habe. Die Unrichtigkeit sei dem Vertreter der Firma Ca., Karl Ca., bekannt gewesen. Diese Bilanz sei aber die Grundlage ihrer Bürgschaftsverpflichtung gewesen. Das Berufungsgericht prüft zunächst die Frage der Unrichtigkeit der Bilanz. Es hält auf Grund des Gutachtens des von ihm vernommenen Sachverständigen für erwiesen, dass die Bilanz objektiv falsch war. (Wird näher ausgeführt).

Das Berufungsgericht hält jedoch nicht für erwiesen, dass Karl Ga., der Bevollmächtigte der Firma Ga., die Unrichtigkeit der Bilanz gekannt hat. Deshalb verneint es das Vorliegen einer arglistigen Täuschung. Ebenso hält es auch die Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen Irrtums nicht für begründet; es liege

mente anch'esso una regola di interpretazione dei contratti, e, più in generale, dei negozi giuridici. Può sorgere piuttosto il dubbio circa la natura specifica di detta norma: trattasi, cioè, di una regola interpretativa vera e propria, o trattasi invece, di una regola cosidetta interpretativa-integrativa?

È noto, di fatti che un radicale contrasto si pone, circa la natura delle regole legali di interpretazione, fra la dottrina più antica e quella più recente: riteneva la prima (1), con unanime seguito di giurisprudenza (2), che le regole in questione fossero puri criteri di logica suggeriti dal legislatore al giudice, mentre ha ribattuto un più moderno indirizzo dottrinale (3), cui ha acceduto da ultimo la giurisprudenza della Corte di Cassazione (4), che tali regole sono vere e proprie norme giuridiche a contenuto tipicamente precettivo. La conseguenza importantissima della mutata opinione è, naturalmente, quella della piena ammissibilità del ricorso in cassazione per viciazione o falsa applicazione delle norme di interpretazione dei contratti, in base all'art, 517 n. 3 cod. proc. civ. (5).

⁽¹⁾ V. amplius, in proposito, l'Anmerkung dello Schmidt alla sentenza sopra riportata.

⁽²⁾ V. tuttavia, su questo punto, la nostra Nota alla sentenza RG II. 4, 1938 riportata appresso.
(3) Cod. civ. Libro III, Tit. IV, Cap. I, Sez. I, § IV.

⁽¹⁾ V., fra gli altri, Giorgi, Teoria delle obbligazioni', vol IV (Firenze, 1908), 196, 213; Mattirolo, Trattato di diritto giudiziario italiano5, vol. IV (Torino, 1931 [ristampa]), p. 941.

⁽²⁾ Da ultimo, Cass. 3 2, 1931, MassFI, 1931, 85.

⁽³⁾ Decisivo, in proposito, il lucidissimo studio del Messina, L'interpretazione dei contratti (Macerata, 1906). p. 13 segg. V. anche, fra gli altri. Bruct, La presupposizione ed i criteri d'interpretazione del contratto formulati negli artt. 1124, 1131 cod. civ., RDCo 1907, II, p. 51; CARNELUTTI, L'interpretazione dei contratti ed il ricorso in cassazione, RDCo 1922, 1, p. 140 segg.; Coviello N., Manuale di diritto civile4 (Milano, 1929), p. 409; Stolet N., Diritto civile, I, 2 (Torino 1931), p. 756; DE RUGGIERO, Isrituzioni di diritto civile (Messina, 1932), I, p. 1231. In senso contrario si manifesta, ancor oggi, il PACCIIIONI, Diritto civile italiano, II, 2 (Padova, 1937), p. 13 segg.

⁽⁴⁾ V. Cass. 9. 4. 1938, RDCo 1938, II. 409; 13. 5. 1938, RDCo 1938, II. 389; 20. 7. 1938, MassFI 1938, 250; 18.7, 1938, eod. 539; 22.5, 1938, eod. 285; 25.2, 1938, eod. 127; 10.1, 1938, end. 9; 29.12, 1937, MassFI 1937, 718; 30.7. 1937, eod. 651; 21, 7, 1937, eod, 578; 19, 7, 1937, eod. 562; 7, 7, 1937, eod. 521; 5, 7, 1937, eod. 503; 28, 6, 1937, eod. 487; 24. 1937, eod. 449; 14. 6. 1937, eod. 427; 28. 5. 1937, eod. 385; 26. 5. 1937, FI 1937, I. 308; 20. 5. 1937, MassFI 1937, 368; 7, 5, 1937, cod. 324; 20, 4, 1937, cod. 314; 16, 4, 1937, cod. 258; 22, 3, 1937, cod. 199; 25, 1, 1937, cod. 47. La prima sentenza nel nuovo senso fu, per quanto mi risulta, Cass. 19. 1. 1931, MassFI 1931, 39.

⁽⁵⁾ Art. 517 cod. proc. civ.: « La sentenza pronunciata in grado di appello può essere impugnata col ricorso per cassazione:... 3º se contenga violazione o falsa applicazione della legge;...».

insbesondere kein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Firma Gü. vor. Die Beklagte habe gewusst, dass Gü. überschuldet war; sie sei auch über seine Persönlichkeit im übrigen nicht im Irrtum gewesen; sie habe sich lediglich über den Umfang der Verschuldung geirrt; das Mass der Verschuldung, auf das sich hier der Irrtum bezogen habe, sei jedoch keine vom Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft einer Person, wenn sie auch für den einzelnen Geschäftsabschluss von ausschlaggebender Bedeutung sein könne. Die insoweit zugunsten der Kläger getroffene Entscheidung beruht auf tatsächlichen Erwägungen und enthält eine zutreffende rechtliche Beurteilung. Insbeondere hat das Berufungsgericht nicht verkannt, dass der Tatbestand des § 119 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht einen Irrtum über die Eigenschaft des anderen Vertragsteils voraussetzt; auch der Irrtum über die Eigenschaften einer dritten Person kann für den Inhalt und den Zweck eines Vertrags von Bedeutung sein (Свиснот, 52, 925). Zutreffend erwägt

das Berufungsgericht auch, dass die Eigenschaft einer Person nach der Vorschrift des Gesetzes für den einzelnen Fall nur dann rechtlich bedeutsam ist, wenn sie im Verkehr als wesentlich angesehen wird.

Dagegen gelangt das Berufungsgericht aus einem anderen Grunde zur Abweisung der Klage. Es crwägt im wesentlichen folgendes: Die Vermögenslage der Firma Gü. sei wesentlich ungünstiger gewesen, als die Beklagte angenommen habe. Massgebend für die Übernahme der Bürgschaft sei die Rentabilität der Schuldnerin gewesen; die Ertragsfähigkeit habe sich aus den Bilanzen ergeben sollen, Die Darstellung der Kläger gehe dahin, ausschlaggebend sei die Tatsache gewesen, dass die Geschäftsführung der Schuldnerin von einem Treuhänder überwacht werde und dann mit einem guten Gang des Geschäfts zu rechnen gewesen sei. Diese Darstellung sei aber schon in sich mangelhaft. Die Prüfung durch einen Treuhänder bringe noch keinen Aufschwung des Geschäfts mit sich. Für den Kaufmann gebe es nur zwei aus-

Una nuova strada è stata aperta, in Italia, dal Messina (1), il quale, reagendo alla prassi di una impostazione unitaria del problema circa le norme d'interpretazione (salva poi la risoluzione in un senso o nell'altro), ha nettamente differenziato, quanto a struttura e funzioni sue proprie, l'art. 1124 dagli artt. 1131-1139: norme giuridiche rivolte esclusivamente al giudice, quest'ultime, norma giuridica indirizzata anche e soprattutto alle parti e contenente, per di più, un precetto di natura materiale, l'art. 1124. Il Grassetti (2), inoltrandosi lungo il nuovo tracciato, si è chiesto addirittura se tutte le norme contenute negli artt. 1131-1139 abbiano un identico carattere ed ha concluso che no. Escluso che esse s'abbiano a considerare nel senso processualistico, unitario di « massime di esperienza » (3), il Grassetti, procede ad un rilievo importante: mentre alcune di quelle norme sono dirette alla ricerca della vera volontà delle parti, altre « presuppongono che, operato il momento logico dell'interpretazione, la dichiarazione risulti tuttavia ambigua, e per tale ipotesi pongono criteri obbiettivi, e non più subbiettivi, per la determinazione del significato da attribuire alla dichiarazione ». In questo secondo caso deve parlarsi, anzichè di interpretazione in senso proprio, di « interpretazione integrativa » (4), in quanto che « l'interprete è chiamato a determinare il valore, l'entità della dichiarazione obbiettivamente ambigua ». Di modo che, pur essendo gli art. 1131-1139 tutte norme giuridiche, deve concludersi, previo un esame di ciascuno di essi, che taluni contengono non solo un comando del legislatore al giudice (5), ma anche un precetto materiale

schlaggebende Umstände: die Bilanz und die Rentabilität, Auch die Firma Ca. sei nur mit Rücksicht auf den Aufstieg des Geschäfts in erneute Verhandlungen mit der Firma Gü. getreten. Die Beklagte möge bereit gewesen sein, ein gewisses Wagnis bei den Lieferungen an die Schuldnerin zu übernehmen. Dies Wagnis habe schon in der Geschäftsverbindung mit einer verschuldeten Firma und in einer etwaigen späteren Verschlechterung der Geschäftslage bestanden; es könne aber nicht angenommen werden, dass die Beklagte an eine Firma habe liefern wollen, die regelmässig mit Verlusten gearbeitet habe. Nach alledem sei es nicht zweifelhaft, dass den Verhandlungen die von St. angefertigten Zwischenbilanzen zugrunde gelegen hätten. Die Besonderheit des Falles liege darin, dass nicht nur die Beklagte, sondern auch der Bevollmächtigte der Kläger von der Richtigkeit der Bilanz ausgegangen sei und sich insoweit über die Grundumstände geirrt habe, die zur Bürgschaftserklärung geführt hätten. Deshalb könne der Beklagten nicht zugemutet

werden, auch nur für einen Teil der Verbindlichkeiten der Schuldnerin einzustehen, also auch nicht etwa in Höhe der Bilanz des St. Sie habe damit rechnen können, bei dem langsamen Aufstieg des Geschäfts aus der Bürgschaft mit keinem Pfennig in Anspruch genommen zu werden; voraussichtlich werde sie aber bei der Schuldnerin niemals Regress nehmen können. Es sei bei den Verhandlungen nicht auf die Höhe der Unterbilanz an sich, sondern auf die sich aus den einzelnen Bilanzen ergebende Rentabilität der Schuldnerin angekommen. Es sei unerheblich, dass die Kläger auch ietzt noch die Bilanz des St. für richtig hielten. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts komme es in solchem Falle nur darauf an, ob das, was die Parteien als richtig angenommen hätten, sich als unrichtig herausstelle. Es sei auch nicht ausschlaggebend, dass sich der Irrtum auf die Person eines Dritten, den Schuldner, bezogen habe.

Diese Begründung muss in dem entscheidenden Punkt rechtlich beanstandet werden. Der erkennende Senat hat es in RGZ 146,376

indirizzato alle parti (1), e che inoltre taluni esplicano una funzione meramente interpretativa (2), mentre altri assolvono un compito di interpretazione integrativa (3). Recentissimamente il Gian-NINI M. S. (4) ha voluto insistere ancora in questo processo di analisi e, starci per dire, di dissociazione del carattere unitario tradizionalmente riconosciuto alle norme di interpretazione. Vere norme di interpretazione sarebbero, per lui, soltanto quelle degli artt. 1131, 1138, 1139, mentre tutte le altre avrebbero ciascuna una natura sua propria e sarebbero accomunate unicamente dal carattere negativo di non riguardare l'interpretazione. Ma la tesi non è del tutto convincente ed è, in ogni caso, dal Giannini troppo succintamente dimostrata.

Limitando il nostro discorso all'art. 1124, dovremo dire che in esso il contenuto precettivo, posto in rilievo dal Messina, è indubbiamente evidentissimo; dicendo che i contratti debbono essere di buona fede e che essi obbligano a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano, detto articolo non impone solamente al giudice dei criterii di interpretazione, ma impone anche e soprattutto alle parti di attenersi ai dettami della buona fede obbiettiva, nonchè della legge, dell'uso e dell'equità. Ed un corollario di ciò è appunto la natura di norma integrativa da riconoscere all'art. 1124, la cui funzione si esplica non in quanto il contenuto ben determinato del contratto necessiti di essere posto in luce, ma in quanto tale contenuto, non essendo obbiettivamente ben determinato, richicda di essere integrato secondo criteri obiettivi, imposti dal legislatore alle parti che devono eseguire il negozio ed al giudice che deve eventualmente interpretarlo per farlo applicare.

3. - Un'indagine più attenta va ora indirizzata al contenuto specifico dell'art. 1124 e principalmente al principio interpretativo da esso enunciato, al principio della buona fede (5).

⁽¹⁾ Op. cit., p. 32.

⁽²⁾ L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo al contratto (Padova, 1938), p. 12 segg. (3) Erfahrungssätze della dottrina tedesca: v., in proposito, Goldschaudt, Der Prozess als Rechtslage (Berlin, 1925), p. 4412316, 499 segg.; Chiovenda, Principii di diritto processuale civile' (Napoli, 1923), p. 396, 1027 segg.; Istituzioni di diritto processuale civile, II, 1 (Napoli, 1936), p. 91, 597 segg.; Pistolese, La prova civile per presunzioni e le cosidette massime di esperienza (Padova, 1935), p. 24 segg. A favore della classificazione delle norme interpretative fra le massime di esperienza è il Carnelutti, L'interpretazione dei contratti cit., p. 149. Per una vigorosa critica della categoria, dichiarata addirittura inutile, v. Calogero, La logica del giudice e il suo controllo in cassazione (Padova,

⁽⁴⁾ Non hisogna peraltro confondere l'interpretazione integrativa, di cui si fa cenno nel testo, con la erganzande Auslegung della dottrina tedesca (su cui v. Enneccenus-Nipperdey, Allgemeiner Teil cit., § 192).

⁽⁵⁾ Come avviene per gli artt. 1136, 1138, 1139 cod. civ.

⁽¹⁾ Cosi gli artt. 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1137, cod. civ., nonchè - come meglio diciamo nel testo - l'articolo 1124.

⁽²⁾ Artt. 1131, 1136, 1138, 1139 cod. civ.

⁽³⁾ Artt. 1132, 1133, 1134, 1135, nonchê 1124 cod. civ. (4) L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione (Milano, 1939).

⁽⁵⁾ Di ottimo ausilio sono, a quest'uopo, le belle pagine del Grassetti, op. cit., p. 189 segg.

(I. W. 1935 Seite 15482) als nicht ausgeschlossen bezeichnet, dass auch ein Bürgschaftsvertrag derart auf bestimmten, bei Abschluss des Vertrags zutage getretenen Vorstellungen der Vertragsparteien bernhe, dass die Geltendmachung der Bürgschaftsansprüche beim Fehlen oder Wegfallen jener Grundlage gegen § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verstossen könne: es ist aber hinzugefügt worden, dass bei Anwendung dieses Grundsatzes auf die Bürgschaft besondere Vorsicht geboten sei, weil der Gläubiger durch die Verpflichtung des Bürgen nur ein Recht erwerben solle; es werde im allgemeinen näher liegen, jenen Vorstellungen nur dann Bedeutung zuzumessen, wenn sie in eine Beziehung zum Inhalt des Vertrages in der Form der Bedingung gesetzt würden. Daran ist festzuhalten. Im vorliegenden Fall wäre es von vornherein nicht zu verstehen, dass die Übernahme einer Bürgeschaft auf eine so unsichere Grundlage gestellt sein sollte, wie es nach der Auffassung des Berufungsgerichts der Fall sein würde. Nach der im Berufungsurteil zunächst ausgesprochenen Annahme des Berufungsgerichts bildete die Überzeugung von der Richtigkeit einer - und zwar ganz bestimmten -Bilanz die Grundlage der Vertragsverhandlungen. Das Berufungsgericht prüft nun die Richtigkeit dieser Bilanz und erörtert die Frage. ob ausser den aufgenommenen Posten noch

andere Verbindlichkeiten hätten aufgenommen werden müssen. Es bezeichnet diese Frage zum Teil als zweifelhaft, gelangt aber doch auf Grund des Gutachtens eines Sachverständigen zu dem Ergebnis, dass bestimmte Schuldposten bei objektiver Beurteilung aufzunehmen gewesen wären; es nimmt die Unrichtigkeit der Bilanz auch wegen dieser hinsichtlich der Notwendigkeit der Aufnahme nicht unzweifelhaften Posten an, indem es unterstellt, dass der Herstel. ler der Bilanz, St., ein bestimmtes Journalblatt nicht zur Verfügung gehabt habe. Es ist nicht ersichtlich, wie bei einer solchen Sachlage eine nachträgliche anderweitige Ermittlung des Bilanzstandes dazu führen soll, dass nunmehr die Geltendmachung des Bürgschaftsanspruchs gegen Treu und Glauben verstossen soll, insbesondere, wenn der Gläubiger. wie im vorliegenden Fall, bezüglich dieser Posten die Richtigkeit der Bilanz nach wie vor für gegeben hält und auch das Berufungsgericht nicht in allen Punkten, in denen die Beklagte die Bilanz für unrichtig hält, ihrer Auffassung folgt. In erster Linie sieht das Berufungsgericht die Bilanz bezüglich weiterer Posten als unrichtig an, weil es annimmt, dass dem Treuhänder St. entgegen seiner Darstellung ein bestimmtes Journalblatt vorgelegen hat. In zweiter Reihe erwägt es aber auch den Fall, dass dem Treuhänder dieses Blatt nicht vorgelegen hat, und

Si pensi ciò che si vuole circa l'essenza della buona fede (1), certo è che la « buona fede » dell'art. 1124 non risponde al concetto normale, ma che essa integra un'ipotesi tutta diversa da quella comune, e cioè l'ipotesi della buona fede obbiettiva, È indubitabile che l'art. 1124, il quale non si rivolge soltanto al giudice ma - come abbiamo visto - anche alle parti contraenti, vuole imporre a quest'ultime una reciproca correttezza dell'agire, che è ben diversa dalla «bonu fides » normale, tipicamente subbiettiva. Il legislatore italiano (del pari che quello francese) non ha usato quella precisione terminologica, che ha indotto invece il legislatore germanico a parlare - a proposito del § 242 BGB - di Treu und Glauben anzichè di gute Glaube (2), ma non di meno un attento esame della lettera e dello spirito dell'art, 1124 non può non portare l'interprete a conferire all'espressione « buona fede » il significato obbiettivistico che le abbiamo testè riconosciuto.

Queste precisazioni inducono a riprendere brevemente, sotto un profilo più preciso, il tema dei limiti di applicabilità dell'art. 1124 (3).

Non può discutersi che l'assunzione del principio di buona fede come criterio di interpretazione integrativa del negozio giuridico obbiettivamente ambiguo rappresenta una garanzia per quella erörtert die zahlenmässige Bedeutung der Bilanz auch für diesen Fall. Im ersten Fall würde die Richtigkeit der Bilanz nach der gegenständlichen Seite und bei Aufstellung durch einen beliebigen Sachkundigen, im anderen Fall vom Gesichtspunkt der Aufstellung gerade durch eine bestimmte Person und nach dem, was gerade diesem Sachkundigen vorgelegen hat, festgestellt werden. Das Berufungsgericht scheint beide Möglichkeiten für beachtlich zu halten. Man sieht, auf wie unsichere Verhältnisse danach die Wirksamkeit einer Verpflichtung begründet werden soll, die dem Gläubiger lediglich einen Vorteil bringen soll.

Das Berufungsgericht spricht aber weiterhin den Zwischenbilanzen die Bedeutung zu, dass sie den Verhandlungen zu grunde gelegen haben; andererseits hält es nicht die Höhe der Unterbilanzen an sich, sondern die aus den einzelnen Bilanzen sich ergebende Rentabilität der Firma Gü. für massgebend. In diesem Zusammenhang führt es aus, die Beklagte habe damit rechnen können, bei dem langsamen Aufstieg des Geschäfts aus der Bürgschaft mit keinem Pfennig in Anspruch genommen zu werden. Andererseits nimmt es an, die Beklagte möge bereit gewesen sein, ein gewisses Wagnis bei den Lieferungen an die Schuldnerin zu über-

nehmen; dieses habe schon in der Geschäftsverbindung mit einer überschuldeten Firma und einer etwaigen demnächstigen Verschlechterung der Geschäftslage bestanden.

Wie beide Erwägungen miteinander vereinigt werden können, ist nicht einzusehen. Einmal hat die Beklagte selbst nicht damit gerechnet, sie werde mit keinem Pfennig aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden; das ergibt die Bürgschaftsurkunde selbst. Die Beklagte spricht darin nach bedingungsloser und sachlich von ihr begründeter Bürgschaftsübernahme lediglich die Erwartung aus, die Schuldnerin werde in der Lage sein, ihre alten Verbindlichkeiten der Firma Ga. gegenüber his Anfang Mai 1933 abzudecken; sollte das aber nicht möglich sein, so würde sie die Schuldnerin ermächtigen, jeweils 10 % der Rechnungen der Beklagen in Abzug zu bringen und auf ein Sonderdarlehnskonto bis zur Abdeckung der alten Verbindlichkeiten - also der vor dem 1. Januar 1933 entstandenen Forderungen der Firma Ga. - zu übertragen; dieses solle allmählich abgedeckt werden, wie es die geldliche Lage der Firma gestatte. Die Beklagte wollte also für den durchaus erwogenen Fall, dass die Schuldnerin ihre alten, durch die Bürgschaft der Beklagten gesicherten Verbindlichkeiten

parte, la quale, non avendo essa stessa emesso la dichiarazione ambigua di volontà, potrebbe vedersi avanzare dalla controparte, che ha emesso la dichiarazione ambigua, una interpretazione di questa a tutto suo svantaggio; e tanto meno può porsi in discussione la notevole ampiezza di facoltà che l'art. 1124 viene a conferire al giudice, al cui prudente arbitrio spetta di determinare, secondo i dettami della buona fede obbiettiva, elementi non determinati del negozio.

Senonchè - ed è qui il punto - tale ampiezza di facoltà del giudice non si estende sino a ciò, che egli possa addirittura rifare, se buona fede ed equità lo richiedono, il contratto. La volontà delle parti è sempre in prima linea ed il negozio obbliga sempre le parti, in prima linea, a quanto è in esso esplicitamente dichiarato (1): se è possibile integrare il negozio con riferimento alle conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano, non è assolutamente lecito riformarlo, almeno in quanto si sia prodotto soltanto un mutamento parziale, e non totale, della situazione economica generale (2). Per questi motivi ed in questo senso è degna della più viva considerazione la seguente limpida massima della Cass. 1.6. 1934, MassFI, 1934, 319: « Il principio sancito dall'articolo 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 ».

Prof. ANTONIO GUARINO della R. Università di Napoli

⁽¹⁾ V., in materia, Bonfante, L'essenza della « bona fides » e suo rapporto con la teoria dell'errore, in Scritti giuridici, II, p. 717 segg.; GALGANO, L'essenza della buona e della mala fede (Roma, 1914: incompleto), passim; BERIO, Buona fede, in Dizionario pratico di diritto privato; MONTEL, Il possesso di buona fede (Padova, 1935), p. 107, 115 segg.

⁽²⁾ V. in proposito WENDT, Die exceptio doli generalis, oder Treu und Glauben, in Archiv für die civilistische Prazis, 100 (1916), p. 1 s. V. anche, per una più ampia informazione, Giannini, op. cit., p. 14321.

⁽³⁾ Tema che abbiamo indirettamente discusso retro al n. 1, a proposito dei limiti di applicabilità del § 242 BGB.

⁽¹⁾ Art. 1124 cod.civ.; « I contratti... obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche... ». (2) V. tuttavia la nostra Nota alla sentenza RG 11. 4. 1938, appresso riportata. - Sul problema della revisione del contratto ad opera del giudice, v., da ultimo, le relazioni svolte alla Semaine internationale de droit (luglio 1937): La revision des contrats par le juge (Paris, 1937).

L'Isnindo Italiano di Studi Legislanes, fondata nel 1925, eretto in ente morale con R. decreto. 29 novumbre 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 qualli di statistica, economia e storia applicate ai diritto e, sopraturto, gli stadi di Diritto Compurazo.

I soci dell'Istituto hamio i sagnenti diviti e obblighi.

Som onormant, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti i concessione gratuita dell' « Annuario di Diritto Competato e di Stadi Legialativi »: sconto del 10% per le altre Riviste Obblighi : quota d'isertinone Lire 20; quota zanuele Lire 106.

Soci penementi, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Cani) Diritti: suncessione gracuita di totte le Riviste (meno il « Repertorio della Legislazione Mandiale »). Obblighi : quota

Per tutti i seci abbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimerne il desiderio serrivendo all'Istituto, Buma, Ministero di Grazia. e Grustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Des Istituto Italiano di Studi Legislativi, pregrandet im Jahre 1925, amegestattet mit juristischer Personlichkeit durch Kgl. Erless vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch des Gesetz. vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein unpolitischer Verein, der zum Gegenstand gesetzgebertsche Studien hat, inshesondere Studien über Statistik. Wirtschaft und Geschichte in ihrer Auwendung auf das Resht, und vor allem die Rechtsvergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

Onderstiche Mirchieden, auch Ausfander (einzehliesalich Bibliotheken und sonstige Anstalten). Bechter kostentose Lieferung der Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetagebungsstudien : ein Skonte von 10 % für die andern Zeitschniften. Veruflichtungen Eintragungegebühr 20 Lire, jährlicher Beitrag 100 Lire.

Excensivenzenen, auch Auslander (einschliesslich Ribliotheken und sonstige Austalten). Reviste: Lust and one Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des «Repertoriums der Weltgesetzgelning s). Verpflichungen : jährlicher Beitrag 1000 Lire:

Die Partospesen gehen stete zu Lasten der Mitglieder.

Antrage um Ernemning zum Mitglied sind zu richten en das Istituto Italiano di Studi Legislagot, Rome, Ministero di Grazin e Giusticia,

Anno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis. in abbenom. postale (4ª Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

GIURISPRUDENZA COMPARATA DI DIRITTO CIVILE

A CURA DEL SEGRETARIO GENERALE DELL'ISTETUTO PROF. SALVATORE GALGANO ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

VOLUME VI

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

RECHTSPRECHUNG ZUM BÜRGERLICHEN RECHT IN VERGLEICHENDER DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

schaftlichen Veränderungen der Nachkriegszeit, insbesondere die Geldentwertung, hahen zu einem völligen Wechsel der Auffassung geführt. OERTMANN entwickelte 1921 die Lehre von der Geschäftsgrundlage. Die Rechtsprechung ist ihm gefolgt. Man versteht unter der Geschäftsgrundlage die Vorstellung der Parteien von Umständen, die zwar nicht unmittelbar Vertragsinhalt geworden sind, aber doch zur Grundlage des Geschäfts gemacht sind. Sind diese Umstände entgegen der Annahme der Parteien nicht vorhanden oder fallen sie später weg, so wird der Rücktritt vom Vertrage zugelassen.

Neuerdings hat LARENZ (Vertrag und Unrecht, 1936, Teil I, Seite 164) an dieser Lehre Kritik geübt. Er erkennt die Bedeutung der Geschäftsgrundlage zwar grundsätzlich an, er bemerkt jedoch, es entspreche individualistischem und nicht nationalsozialistischem Rechtsdenken, wenn man die Geschäftsgrundlage von den Vorstellungen der Parteien abhängig mache. Nach LARENZ stellt die Geschäftsgrundlage die Umstände und Verhältnisse dar, deren Vorhandensein oder Fortbestand nach dem Inhalt des Vertrages, seinem Zweck und seiner wirtschaftlichen Bedeutung objektiv vorauszusetzen wäre, um den Vertrag überhaupt als sinnvoll, als eine brauchbare und den Grundsätzen der völkischen Ordnung angemessene Gestaltung erscheinen zu lassen. Die Rechtsprechung hat sich mit dieser neuen Formulierung des Begriffs der Geschäftsgrundlage noch nicht auseinandergesetzt.

Es leuchtet ein, dass der Begriff der Geschäftsgrundlage mit Vorsicht angewandt werden muss, wenn nicht eine gefährliche Rechtsunsicherheit einsetzen soll. Die umstürzende Geldentwertung der Jahre 1919-23 bedeutete sicher einen Wegfall der Geschäftsgrundlage in zahllosen Fällen. Es widersprach Treu und Glauben, den Schuldner in diesem Falle am Vertrage festzuhalten. Wenn dagegen Veränderungen eingetreten sind, die nicht eine solche einschneidende Bedeutung haben, so muss der Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) den Vorrang haben. Der Schuldner muss die versprochene

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich das Reichsgericht mit einem Bürgschaftsfall. Der Begriff der Geschäftsgrundlage ist hier an sich ebenso wie bei anderen Rechtsverhältnissen anwendbar. Das Reichsgericht erklärt aber ebenso wie schon in 146, 376, mit Recht, dass hier besondere Vorsicht geboten ist. Die Bürgschaft soll nur dem Gläubiger dienen. Sie soll ihn schützen, falls der Hauptschuldner zahlungsunfühig ist oder es später wird. Die Bürgschaft soll den Gläubiger weitgehend auch gegen eine Veränderung der Verhältnisse schützen. Das Reichsgericht hat daher zutreffend entschieden, dass der Gläubiger sich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann.

164). RG 11. 4. 1938, JW 1938, 2135; DJ 1938. 1561.

- Clausola « rebus sic stantibus » Applicabilità eccezionale.
- « Clausula rebus sic stantibus » Ausnahmsweise Anwendung.
- -- Clause « rebus sic stantibus » Exceptional applicability.
- Clause « rebus sic stantibus » Applicabilité exceptionnelle.

La clausola « rebus sic stantibus » deve essere applicata solo in quanto motivi di particolare importanza lo richiedano (1).

(1) In tema di clausola « rebus sic stantibus ».

1. - La sentenza RG 11. 4. 1938, stabilendo che la clausola rebus sic stantibus debba essere applicata solo in quanto motivi di particolare importanza lo richiedano, ribadisce molto opportunamente il carattere di eccezionalità di detta clausola, comunemente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche (1).

Die « clausula rebus sic stantibus » kann aus Gründen der Rechtssicherheit nur dann anerkannt werden, wenn schwerwiegende Gründe für sie sprechen.

Durch notariellen Vertrag vom 29. März 1928 hat der Kläger eine Reihe ihm gehörender, in S. gelegener Grundstücke an die beklagte Stadtgemeinde verkauft. Im § 4 des Vertrages heisst es: « Als Vergütung zahlt die Käuferin dem Verkäufer vom 1. April 1928 an eine lebenslängliche Leibrente im Jahresbetrage von 15 000 Goldmark. Eine Goldmark ist hierbei gleich dem Preis von 1,2790 Kilogramm Feingold und der Preis zu berechnen entsprechend den Bestimmungen der 5. Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über wertbeständige Hypotheken vom 17. April 1924.

SENT. N. 164

Die Rente ist in vierteljährlichen Teilen am 1. Tage jeden Kalendervierteljahres für drei Monate voraus zu zahlen ...»

Die Grundstücke sind sofort aufgelassen und der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen worden. Die Beklagte hat die Leibrente bis zum 1. April 1935 unverkürzt und pünktlich gezahlt. Seitdem ist sie mit den Rentenzahlungen wiederholt in Verzug geraten. so dass sie durch die Rechtsbeistände des Klägers mehrfach zur Zahlung rückständig gebliebener Teilbeträge aufgefordert werden musste. Vom 1. Oktober 1936 ab hat sie die vierteljährlichen Zahlungsraten um je 1125 RM gekürzt. In zwei, im zweiten Rechtsgang miteinander verbundenen Klagen hat der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Erstattung der Aufforderungskosten und zur Zahlung der vom 1. Oktober 1936 bis 1. Juli 1937 einbehaltenen Beträge von vierteljährlich 1125 RM nebst näher bezeichneten Zinsen begehrt.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klagen beantragt und widerklagend die Feststellung erbeten, dass sie berechtigt sei, für die Zeit vom 1. Oktober 1936 bis 30. September 1938 vierteljährlich 1125 RM auf die nach dem Vertrage geschuldete Rente einzubehalten.

Sie stützt diesen Anspruch auf eine wesentliche Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse seit Vertragsschluss (Absinken des zur Zeit des Vertragsschlusses mit 150 000 Goldmark angenommenen Wertes der Grundstücke auf 1/3 dieses Betrages, Wertsteigerung der Rente durch Vermehrung der Kaufkraft der Reichsmark, Senkung des Zinsfusses durch die

Le conclusioni, in ordine al nostro diritto, non potrebbero non essere le stesse, se peraltro fosse ben certo che la clausola rebus sic stantibus gode anche nel sistema giuridico italiano di un diritto di cittadinanza. Ora, mentre la dottrina quasi unanime si dichiara a favore dell'ammissibilità della clausola, di avviso nettamente contrario è invece la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione.

2. - Il principio della clausola rebus sic stantibus fu, come è noto (1), un portato della prassi giudiziaria del diritto intermedio. Esso venne sviluppandosi in rapporto ai contratti a lungo termino che implicassero una serie di prestazioni periodiche (contractus qui habent tractum successivum). In tali contratti era ben possibile che lo stato di fatto esistente al momento della stipula subisse poi modificazioni talmente gravi da rendere iniquo il mantenimento del vincolo fra le parti ed il proseguimento delle prestazioni ancora da adempiere. Per conseguenza venne riconosciuto all'obbligato il diritto di chiedere la risoluzione del negozio, richiamandosi ad una clausola rebus sic stantibus, da doversi ritenere implicita in tutti i contratti qui habent tractum successivum. La codificazione, sia in Francia che in Italia, spezzò questa tradizione ed ogni riferimento alla clau-

⁽¹⁾ V. anche la sentenza RG 3, 8, 1938, precedentemente riportata, e le Osservazioni ad essa dedicate dallo Schmidt. Non mi pare accettabile l'affermazione dello SCHMIDT, per cui, sia pure in pochi e limitati casi (come quello del § 610: revoca della promessa di mutuo in caso di sopravvenuto peggioramento della situazione patrimoniale della controparte e quindi di pericolo che il tontundem non possa essere a suo tempo restituito), lo stesso BGB riconoscerebbe la

clausola « rebus sic stantibus ». Riterrei più corretto affermare, con la comune dottrina germanica (v. per tutti ENNEC-CERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil15, § 165, III, sub 2), che nel caso del § 610 BGB (come anche in quelli dei §§ 779,812,459, ecc.) la legge ha provveduto espressumente a determinare le conseguenze della mancanza o della sopravvenuta scomparsa del «fondamento negoziale» (Geschäftsgrundlage). Di clausola «rebus sic stantibus» si può e si deve parlare, almeno in Germania, rispetto a tutti gli altri casi di profonde mutazioni del «fondamento negoziale», i quali non siano esplicitamente previsti dalla legge (v. ancora Enneccenus-Nipperdey, op. loc, cit., sub 3).

⁽¹⁾ Sulla storia della clausola « rebus sic stantibus » è di fondamentale importanza l'articolo dell'Osti, La cosiddetta clausola e rebus sic stantibus » nel sua sviluppo storico, RDC 4 (1912) I s. Non risultano precedenti romani specifici: ma il movente equitativo che indusse all'ammissione della clausola nel diritto intermedio ha indubbiamente la sua radice in quella stessa concezione dell'aequitas che si formò e si perfeziono, soprattutto nell'ambito del diritto romano, per effetto precipuo dell'attività giurisdizionale dei pretori.

GERMANIA

Verordnung der Regierung, Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers als Folge der neuen wirtschaftspolitischen Massnahmen der Reichsregierng), ferner auf angeblichen Fortfall beziehungsweise Erschütterung der Geschäftsgrundlage, die ausser durch die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit des Vertragsschlusses durch das Versprechen des Klägers gebildet worden sei, im Falle einer Besserung seiner finanziellen Verhältnisse die Rente herabzusetzen, endlich auf den Wandel der Rechtsanschammgen seit der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus. die dem Kläger eine Treupflicht zur Herbeiführung eines billigen Ausgleichs auferlegten.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Widerklage den Anträgen des Klägers stattgegeben, das Oberlandesgericht die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision war erfolglos.

Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob das von der Beklagten behauptete Versprechen des Klägers, den Leibrentenanspruch bei Besserung seiner wirtschaftlichen Lage ganz oder teilweise fallen zu lassen, zur Vertragsbedingung und damit zum Vertragsbestandteil

selbst geworden ist. In der notariellen Vertragsurkunde hätte eine solche Abrede allerdings keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. sie könnte ihr auch nicht im Wege der Auslegung entnommen werden. Da die Grundstücke aber in Vollziehung des Kaufvertrages alsbald an die Beklagte aufgelassen und auf sie im Grundbuch eingetragen worden sind, hätte das angebliche Versprechen des Klägers auch als rechtsgeschäftliche Nebenabrede, obwohl sie nicht Bestandteil der notariell beurkundeten Abmachungen geworden wäre, nach § 313 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Rechtsverbindlichkeit erlangen können, soweit dem nicht andere Vorschriften entgegenständen. Gesetzt den Fall, die Leibrente wäre so, wie sie in dem notariellen Vertrag festgelegt worden ist, sachlich und nach der übereinstimmenden Auffassung beider Teile als augemessene Gegenleistung für die Übereignung der Grundstücke anzuschen und es hätte trotzdem der Kläger für den blossen Fall der Besserung seiner wirtschaftlichen Lage sich zu einem gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf seinen Rentenanspruch verpflichtet, so würde sich allerdings mit Grund die Frage aufwerfen lassen, ob ein solches Ver-

sola rebus sic stantibus scomparve ben presto anche dalla dottrina, per riapparirvi solo in tempi relativamente recenti (1).

Non può essere compito di questa breve nota il riesame e la discussione di tutti gli argomenti che sono stati portati pro e contro l'ammissibilità della clausola rebus sic stantibus nell'odierno sistema giuridico. Basterà ricordare che la dottrina è, in Italia, decisamente orientata verso l'applicabilità di essa, almeno quando gravi e fondati motivi lo richiedano: ma le dispute sono ancor vive circa il fondamento teorico da assegnare alla clausola e, di conseguenza, circa il carattere distintivo da riconoscere ai gravi e fondati motivi che ne richiederebbero la applicazione.

Un certo equivoco è – a mio parcre – apportato nella questione dal contrasto vivissimo che esiste fra l'esigenza, da tutti sentita, di una impostazione razionale del problema e l'influsso della tradizione medievale a carattere eminentemente, se non esclusivamente pratico. È naturale che una mente giuridica moderna si rifiuti di fondare una teorica qualunque in relazione ad una categoria contrattuale puramente pratica, quale è quella dei contractus qui habent tractum successivum: nulla vieta di ritenere, almeno in linea teorica, che la stessa esigenza di risoluzione del rapporto contrattuale possa presentarsi in ordine a contratti di esecuzione immediata, qualora un ostacolo imprevedibile e insormontabile sopraggiunga ad impedire la prestazione. Viceversa è ben difficile, sempre rimanendo in linca di pura teoria, ipostatizzare i motivi, le esigenze che debbono portare

sprechen oder eine solche rechtsgeschäftliche Abrede zu seiner Gültigkeit nicht der Form des § 518 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedurft hätte. Allein darauf braucht nicht eingegangen zu werden. Denn das Berufungsgericht hat mit rechtlich einwandfreier Begründung dargelegt, dass das behauptete Versprechen des Klägers nicht den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Nebenabrede zu dem Kaufvertrag gehabt habe.

Sieht man bei der weiteren Erörterung zunächst einmal von dem angeblichen Versprechen des Klägers ab, so kann auch im übrigen dem Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis nur beigepflichtet werden.

Die sogenannte Klausel der veränderten Umstände (clausula rebus sic stantibus) ist von dem Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich nur für ganz bestimmte Fälle anerkannt worden, zum Beispiel in den Fällen §§ 321, 610, 712, 775 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diese Vorschriften sind freilich vom Reichsgericht von jeher entsprechend angewendet worden auf andere Vertragsverhältnisse von längerer Dauer. die eine Interessenverknüpfung und insbesondere ein persönliches Zusammenwirken der Beteiligten und daher fortdauernd ein gutes Einvernehmen und ein gegenseitiges Vertrauen erfordern. Um ein Rechtsverhältnis dieser Art handelt es sich aber in dem vorliegenden Fall eines Güterumsatzgeschäftes nicht, Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die der Beklagten obliegende Gegenleistung sich, wie von vornherein abzuschen war, auf eine längere, unter Umständen sogar sehr lange Zeit erstrecken konnte. Vielmehr liegt umgekehrt ein Rechtsgeschäft mit entgegengesetzen Interessen vor, die ihren Ausgleich gerade nicht in einer Verknüpfung gleichgerichteter beiderseitiger Interessen, sondern in der angemessenen Angleichung von Leistung und Gegenleistung finden sollten und gefunden haben. Dazu kommt noch. soweit es sich um die Klausel der veränderten Umstände handelt, dass der Kläger hinsichtlich der Bemessung der Rente ausdrücklich und eindeutig im Zug der Verhandlungen die Aufnahme einer solchen Klausel, soweit sie auf die Lage am Geldmarkt abgestellt werden sollte, abgelehnt hatte.

Aber auch die Berufung der Beklagten auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Wegfalls beziehungsweise der Erschütterung der Geschäftsgrundlage kann ihr hier - immer zunächst

in ogni caso alla risoluzione del contratto: essi non possono essere stabiliti a priori, ma presentano tutti i caratteri di una quaestio facti, da esaminare caso per caso. Senonchè, in tale evenienza, non riesce concepibile che si discorra di una clausola rebus sic stantibus implicita nel negozio giuridico bilaterale e sorge addirittura il dubbio se, presentandosi specificamente un motivo pratico di risoluzione del contratto, il debitore sia legittimato ad invocarlo e se il giudice abbia il potere di risolvere, in considerazione di esso, il contratto.

3. - Perchè - bene è metterlo in chiaro - il problema della clausola rebus sic stantibus non ha nulla a che vedere con la teoria dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta della prestazione (1). L'inadempimento per impossibilità sopravvenuta, anche se sia incolpevole e determini di conseguenza l'estinzione dell'obbligazione, ha sempre come caratteristica una obbiettività, che è estranea alle ipotesi per cui si invoca la clausola rebus sic stantibus. La « causa estranea non imputabile » al debitore, di cui discorre l'art. 1225 cod. civ., impedisce in modo assoluto la prestazione, nel senso che, chiunque si sia il debitore, questi non possa assolutamente adempiere (2). Le ipotesi, invece, cui si vuol provvedere con la teoria della clausola rebus sic stantibus, sono sensibilmente diverse: il debitore può, materialmente e giuridicamente, eseguire la prestazione, ma si ritiene iniquo costringervelo, dato che circostanze degne di rilievo sono sopravvenute a rompere l'equilibrio contrattuale, su cui basavasi l'obbligazione reciproca delle parti,

Per soddisfare a questa esigenza di equità si è parlato in dottrina di «sopravvenienza contrattua-

⁽I) V. principalmente Barsanti, Risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto. ArchGiur. 63 (1899), p. 28; Osti, Appunti per una teoria della « sopravvenienza »: la cosidetta clausola « rebus sic stantibus » nel diritto contrattuale odierno, RDC 5 (1913), p. 471, 647 segg.; L'art. 61 cod. comm. ed il concetto di sopravvenienza, RDCo 1916, J. p. 341 segg.; G10VENE, Sul fondamento specifico dell'istituto della sopravvenienza, RDCo 1921, I, p. 166; Postilla in tema di sopravvenienza, RDCo 1924, I, p. 295; Pugliese G., Laesio supervenient, RDCo 1925, I, p. 1; Cocliolo, La cosidetta clausola « rebus sie stantibus », in Scritti varii di diritto privato!, I, p. 365; BATTISTONI, La causa dei contratti e la presupposizione, RDCo 1929, p. 105; CALIENDO, Clausola e rebus sic stantibus e, in Nuovo Digesto Italiano, 3, p. 209 (quivi più ampia informazione bibliografica).

⁽¹⁾ V., su questo punto, Osti, Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, RDC 10 (1918), 209; Grovene, Sulla impossibilità della prestazione, RDCo 1918, I, p. 675; La dottrina dell'impossibilità susseguente della prestazione, RDCo 1919, I, p. 302; Ancora sulla impossibilità della prestazione, RDC 11 (1919), p. 342; Secne, Sulla teoria dell'impossibilità della prestazione, RDCo 1919, I, p. 760 (ora in Scritti giuridici [Cortona, 1930], I, p. 386); De Ruggieno, Istituzioni di diritto civile (Messina, 1932), III, p. 115.

⁽²⁾ V. anche Torrente, In tema di impossibilità sopraggiunta della prestazione, in Giurisprudenza comparata di diritto civile, II (Roma, 1938), p. 259.

GERMANIA

einmal abgesehen von dem streitigen Versprechen des Klägers - nicht weiter helfen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat gegenüber dem Grundsatz «Verträge sind aufrechtzuerhalten » (pacta sunt servanda) im Sinne einer starren Ausdeutung dahin, dass unter allen Umständen die eingegangenen Verpflichtungen buchstäblich erfüllt werden müssen und so auch nur erfüllt zu werden brauchen, aus § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Grundsatz hergeleitet, dass eine Leistung von dem Schuldner nicht oder nicht so, wie im Vertrag festgelegt. verlangt werden kann, wenn die Verhältnisse sich derart geändert haben, dass ein solches Verlangen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte widersprechen würde, und umgekehrt, dass auch der Gläubiger eine den veränderten Verhältnissen entsprechende Leistung vom Schuldner verlangen kann, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Zu dieser Rechtsauffassung hat sich auch der erkennende Senat in zahlreichen Entscheidungen bis in die jüngste Zeit herein bekannt. An ihr ist festzuhalten. Bei der Handhabung dieses Grundsatzes darf aber nicht übersehen werden, dass der Satz «Verträge sind einzuhalten» eine besondere Gewähr für die Rechtssicherheit bietet, die ein rechtswesentliches Stück des Rechtsverkehrs auch beute bildet, von dem deshalb, soll nicht der Rechtsunsicherheit und Rechtsverwirrung Tür und Tor geöffnet werden, nur abgegangen werden kann, wenn dafür wirklich schwerwiegende Gründe vorliegen. Daran fehlt es aber hier.

Nach dem festgestellten Sachverhalt sind dem Vertragsabschluss hier lange Verhandlungen vorausgegangen, in denen der Kläger von seinen ursprünglichen Forderungen hinsichtlich der Höhe der Gegenleistung im allgemeinen und der Höhe der Geldrente im besonderen erhebliche Abstriche gemacht hat. Bei diesen Verhandlungen war die Beklagte in der Wahrung ihrer Interessen und Belange völlig frei. Dass ihre berufenen Vertreter dabei nicht mit der ihnen obliegenden Pflicht zu sachgemässer Wahrnehmung der städtischen Interessen zu Werke gegangen sind, behauptet sie selbst nicht. Sie vermag auch nicht geltend zu machen, dass die damalige schliessliche Bewertung des den Kaufgegenstand bildenden Grundbesitzes des Klägers, wie sie von ihrer Seite mit 150 000 RM

le », facendone il fondamento teorico della clausola rebus sie stantibus. A questa clausola deve farsi richiamo – così si è ragionato – non in quanto la prestazione diventi impossibile o comunque di difficile esecuzione, bensì in quanto sopraggiungano eventi i quali facciano presumere che, se essi si fossero già avverati al momento della stipula del contratto, avrebbero indotto il debitore ad un comportamento tutto diverso da quello adottato. Si è tentato, per tal modo, di richiamare in vita il fondamento tradizionale della clausola rebus sic stantibus pur cercando di spogliarlo del suo carattere pratico (id quod plerumque accidit) e di vestirlo invece di una scorza di obbiettività (presupposizione).

Tuttavia la teoria generale della presupposizione (1), alla quale viene a far capo quella specifica della sopravvenienza contrattuale, non si sottrae nè può sottrarsi ad obiezioni gravissime, che l'hanno giustamente posta, da noi, in cattiva luce (2). Essa si riassume, in fondo, nel postulato che i contraenti, all'atto della conclusione del negozio, hanno tacitamente considerato come essenziale la situazione di fatto in cui la stipula è avvenuta, di modo che una mutazione sopravvenuta di questo obbiettivo stato di fatto iniziale non può non avere influenza sulle sorti del negozio. Ma – si risponde – ammesso che le parti si siano effettivamente rappresentato come essenziale, all'atto della conclusione del contratto, uno stato di fatto, tutto ciè non può aver costituito nulla più che un metivo; senonchè è insensato poter conferire rilevanza giuridica ai motivi avuti in mente dalle parti, quando essi non siano stati espressi, nè tanto meno portati a rappresentare delle condizioni del

geschehen sein soll, mit einer sachgemässen Interessenvertretung der Stadt unvereinbar gewesen sei. Über die Möglichkeiten einer etwaigen künftigen Ausnützung der fraglichen Grundstücke für Baulandzwecke, wie auch über den landwirtschaftlichen Ertragswert derselben war und konnte niemand besser im Bilde sein, als eben die Vertreter der Beklagten selbst. Die Beklagte kann denn auch nicht geltend machen, dass sie sich etwa über den damaligen Wert des Grundbesitzes in einem Irrtum befunden habe, noch viel weniger, dass eine solche irrige Bewertung für sie dem Kläger erkennbar zur Geschäftsgrundlage gehört habe.

Die Rechtsgrundlage der Übereignung des Grundbesitzes bildet hier ein Kaufvertrag. Mit dem Erwerb des Eigentums ging in aller Regel die Gefahr auf die Beklagte über. Diese Gefahr schloss nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung des Grundstücks ein, sondern auch die einer sonstigen Entwertung, wie sie etwa ein allgemeines Absinken der Grundstückswerte mit sich brachte, wie umgekehrt auch der Beklagten allein eine entgegengesetzte Bewegung der Preisgestaltung zugute gekommen wäre. Auch darüber

konnten sich die Vertreter der Stadt nicht im unklaren sein und waren sich dies auch nicht. Irgendein Anhalt dafür, dass etwa die Erhaltung des Grundstückswerts so, wie er von der Beklagten beim Vertragsabschluss angenommen worden ist, ihrerseits dem Kläger ersichtlich zur Geschäftsgrundlage gehörte, fehlt. Hierzu reicht insbesondere auch nicht der Umstand aus, dass die Gegenleistung der Beklagten in der Verpflichtung zur Entrichtung einer Leibrente bestand; dies um so weniger, als diese Rente in keinerlei Verbindung mit der künftigen Ausnützung des Grundstücks gebracht ist. Die kraft Gesetzes die Beklagte allein treffende Gefahr der Wertminderung des Grundbesitzes kann sie aber hinterher auch nicht unter Berufung auf § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ganz oder teilweise auf den Kläger abwälzen. Das würde nicht mehr eine im Rahmen des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegende billige Berücksichtigung der Interessen der Beklagten, sondern eine willkürliche und deshalb unzulässige Ergänzung des Vertragswerks bedeuten, dies um so mehr, als eine hestimmte, später etwa wegfallende Ausnutzung des Geländes durch die Beklagte nicht Vertragszweck gewesen ist

contratto (1). La giurisprudenza italiana, la quale frequentemente ribadisce la irrilevanza dei motivi che non siano stati elevati a elementi costitutivi del negozio (2), pecca di inconseguenza quando, sia pur non unanimemente (3), fa salvo il caso della presupposizione (4).

In breve – per quanti sforzi siano stati compiuti, sia nel senso della identificazione della clausola rebus sie stantibus con la teoria della presupposizione, sia nel senso della sua differenziazione da questa teoria e di una sua giustificazione autonoma non pare che un risultato sicuro possa dirsi raggiunto (5). Ogni tentativo di spiegazione teorica della nostra clausola, comunque esplicato sotto il profilo della volontà delle parti, è da ritenersi fallito per la solita e fondamentale ragione che una volontà non dichiarata è pur sempre un motivo, al quale in nessum modo può conferirsi rilevanza giuvidica.

4. Rimane che si faccia cenno di qualche altro tentativo della nostra dottrina, volto a dare alla clausola rebus sic stantibus non più un fondamento subbiettivo, bensì un fondamento obbiettivo.

E principalmente occorre prendere in considerazione l'opinione di chi ha creduto di poter far richiamo all'art. 1124 cod. civ. ed al principio di equità nell'interpretazione dei contratti da esso

(2) V. di recente, Cass. 23. 4. 1937, in Giurisprudenza comparata di diritto civile, IV, p. 173 e nota del DE MAR-NO. ini.

⁽¹⁾ Mi limiterò a citare, circa questa teoria, Windschied, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (Düsseldorf, 1880), che è l'iniziatore di essa. Altra bibliografia in De Martino, Inammissibilità della presupposizione, in Giurisprudenza comparata di diritto civile, IV (Roma, 1939), p. 181.

⁽²⁾ Ottime, a questo proposito, le succinte osservazioni riassuntive del De Martino, loc. cit. Da notare che la giurisprudenza della Corte Suprema, pur nettamente contraria – come vedremo – alla clausola rebus sic siantibus, incomincia inesplicabilmente a pencolare verso la teoria del presupposto. V. infatti Cass., 15. 2. 1932, FIRep 1932, 1146, n. 57; Cass. 19. 1. 1937, Gurisprudenza comparata di dir. civ., IV. p. 181. Ma v. infra nella pagina che segue la nota 3.

⁽¹⁾ V. in proposito Deiana, Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione, RDG (1938), p. 1 s., 105 segg.; Guarino, I motivi illeciti degli atti di liberalità secondo il progetto del codice civile, in Diritto e Giurisprudenza 1938, estratto: Sui motivi illeciti nelle disposizioni di ultima volontà, in Urrisprudenza comparata di diritto civile, III (Roma, 1939), p. 11 s.; Yialletor, Cause et mobile dans les actes gratuits, cod., p. 7 s.

⁽³⁾ V. infatti, in senso contrario, App. Torino 23, 5, 1935, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, XIII., parte II. p. 24. Grande importanza assume tuttavia, come indice di un ritorno (sperabilmente, definitivo) a più esatti criteri, una senteoza recentissima della Corte Suprema, di cui giova qui riportare la massima. Cass. 29, 7, 1938, FIRep 1938, 1367 n. 268; «Il diritto positivo italiano non ammette la teorica della presupposizione, per cui in ogni contratto dovrebbe ritenersi sottintesa la clausola rebus sic stantibus».

⁽⁴⁾ V. retro nella pagina che precede la nota 2.

⁽⁵⁾ V., da ultimo, in proposito, le osservazioni critiche del Cataendo, loc. cit., p. 210 segg.

Ebensowenig können aber aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage aus § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchschlagende Bedenken gegen die Höhe der Rente und die Klagansprüche hergeleitet werden. Insoweit ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Gegenleistung der Beklagten so, wie geschehen, im Zeitpunkt ihrer Festsetzung von den Vertretern der Beklagten nach pflichtmässiger Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände für sachgemäss gehalten werden konnte und gehalten worden ist. Sie hatten dem Kläger den Vorschlag gemacht, dass sich

diese Rente den Verhältnissen am Kapitalmarkt nach Massgabe des jeweiligen Reichsbankdiskonts anpassen, insofern also keine feste, sondern eine gleitende sein sollte. Diesen Vorschlag hat der Kläger mit aller Deutlichkeit abgelehnt. Nach den Verhältnissen, wie sie im Jahre 1928 auf dem Geldmarkt herrschten, musste bei einer Rentenverpflichtung, deren Dauer mit Sicherheit nicht abzuschen war, sich jedenfalls auf viele Jahre erstrecken konnte, mit sehr erheblichen Schwankungen am Kapitalmarkt gerechnet werden. Dass dem so auch auf seiten der Beklagten war.

enunciato. Mutata la situazione di fatto in vista della quale fu concluso il negozio, il giudice – si è detto (1) – ha ben facoltà di risolvere il negozio stesso, in quanto che l'art. 1124 esplicitamente stabilisce che « i contratti . . . obbligano . . . a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano ». Per tal modo l'equità dell'art. 1124 cod. civ. sarebbe la trasfusione legislativa di quella esigenza di giustizia che ha indotto i pratici medioevali ed i teorici moderni alla formulazione della teoria della clausola « rebus sic stantibus ».

Ma è molto controverso in dottrina quale sia il senso da attribuire al termine « equità », che appare nell'art. 1124. A parte ogni discussione circa il concetto di equità (2) e circa il valore del richiamo ad essa negli articoli del codice civile (3), resta fortemente dubbio che l'equità contrattuale, di cui all'art. 1124, possa avere una funzione tanto preponderante da sovrapporsi additittura alla volontà delle parti. Si ripete qui il problema che abbiamo altrove (4) delibato in ordine al principio interpretativo-integrativo della buona fede: può il giudice riformare un contratto quando nessun mutamento di carattere generale si sia prodotto, che abbia reso assolutamente impossibile la prestazione, nè, d'altra parte, possa trarsi appiglio per questa riforma dalla volontà delle parti? Ed anche in questo caso la risposta non può essere che nettamente negativa (5).

5. – In conclusione, può affermarsi che esiste indubbiamente una esigenza di equità, la quale invita alla introduzione nel nostro sistema giuridico della clausola rebus sic stantibus o, meglio ancora, della perfezionata teoria germanica della Geschäftsgrundlage. Senonchè deve escludersi che tale esigenza possa, de iure condito, trovare un qualsivoglia principio di applicazione. In attesa di un espresso intervento del nostro legislatore (6), egregiamente agisce la giurisprudenza delle nostre Corti, respingendo nel più pieno dei modi ogni richiamo basato sulla clausola rebus sic stantibus (7) (8).

Prof. A. GUARINO

kommt klar und deutlich in dem Schreiben des Oberbürgermeisters der Beklagten vom 26. Januar 1928 zum Ausdruck, in dem « von den unsicheren Verhältnissen» am Geldmarkt die Rede ist. Trotzdem hat sich die Beklagte nach Ablehnung ihres Vorschlags dazu verstanden, dem Kläger eine feste, auf dessen Lebenszeit bemessene Rente zuzugestehen. Sie hat sich sogar dazu herbeigelassen, dem Kläger durch die Aufnahme der Feingoldmarkklausel eine besondere Sicherung gegen Geldwertschwankungen einzuräumen. Das Risiko, das die Beklagte so mit der Eingehung der Rentenverpflichtung nach Höhe und Dauer übernommen hat, war allerdings ein sehr beträchtliches. Es lag aber offen zutage und ihm stand gegenüber die tatsächliche Möglichkeit eines baldigen Wegfalls der Rentenverpflichtung im Fall des frühzeitigen Todes des Klägers. Wie klar und scharf diese Möglichkeiten von den Vertretern der Stadt erkannt worden sind, kommt im übrigen durch die Äusserung des Berichterstatters der Stadtverordnetenversammlung in seinem Vortrag über den ihr unterbreiteten Vertragsentwurf zum Ausdruck, in dem er ausführte, der Vertrag sei ein « Lotteriespiel ». Diese Charakterisierung des Vertragswerks traf insofern zu, als es eben von der künftigen, nicht in der Macht der Beklagten liegenden Gestaltung der Verhältnisse abhing, ob das Geschäft für sie in Zukunft sich als ausserordentlich günstig oder ebenso ungünstig auswirken konnte. Deshalb war aber das Geschäft noch kein sittenwidriges; chensowenig kann die Beklagte, weil nunmehr nach ihrer Meinung die übernommene Verpflichtung sich für sie ungünstig auswirkt, also nach ihrer Ansicht eine als möglich erkannte und als solche « in Kauf genommene » Folge eingetreten ist, sich ganz oder teilweise ihrer vertraglichen Veroflichtung entziehen.

Nach den eingeholten Äusserungen der Versicherungsgesellschaften hätte sich der damals 54 Jahre alte Kläger im Jahre 1928 durch Einzahlung eines Kapitals von 150. 000 RM im Wege der Rentenversicherung den Anspruch auf eine jährliche Leibrente von 11 000 – 13 000 RM verschaffen können. Die im Vertrag ausgeworfene Leibrente von 15 000 RM wäre demgegenüber an sich keine so ausserordentlich viel höhere, dass deshalb etwa ihre Fortzahlung in dieser Höhe der Beklagten nicht angesonnen werden könnte. Es darf allerdings nicht über-

schen werden, dass bei einer Versicherungsrente das Wagnis des Versicherers durch den Abschluss zahlreicher gleichartiger Geschäfte nicht auf dem einzelnen Geschäft ruht, sondern nach versicherungstechnischen Erwägungen und Wahrscheinlichkeitsrechnungen auf die Gesamtsumme der Geschäfte verteilt wird und so einen angemessenen Ausgleich erhält. Die Möglichkeit eines solchen Ausgleichs bestand bei der Beklagten freilich nicht. Aber auch darüber befand sie sich bei Vertragsabschluss nicht im unklaren, und dem Wagnis, das mit dem Kaufvertrag beziehungsweise der Übernahme ihrer Leibrentenverpflichtung verbunden war. stand die Möglichkeit eines sehr erheblichen Nutzens gegenüber.

Die Vermögenslage des Klägers war zur Zeit des Vertragsabschlusses eine günstige. Das wusste die Beklagte. Sie kann selbst nicht behaupten, dass sie bei Bemessung der Rente von einer gegenteiligen Auffassung ausgegangen und etwa mit Rücksicht hierauf dem Kläger erkennbar hinsichtlich der Rentenverpflichtung Zugeständnisse gemacht habe, die sie sonst nicht gemacht hätte. Wenn dank der Massnahmen der nationalsozialistischen Staatsführung so. wie geschehen, die allgemeine Wirtschaftslage eine sehr viel bessere geworden ist und wenn infolgedessen die finanzielle Lage des Klägers eine noch erheblich günstigere geworden ist, so rechtfertigt auch dies noch nicht, dass bei einem Güterumsatzgeschäft, wie dem vorliegenden, deshalb die Beklagte unter Berufung auf § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich von den übernommenen Verpflichtungen auch nur teilweise lossagen könnte, dies um so weniger, als sie selbst vorträgt, dass ihre finanzielle Lage ebenfalls eine günstige ist und so gesehen die Erfüllung der Leibrentenverpflichtung für sie durchaus keine unzumutbare Belastung bedeutet. Daran ändert hier der Grundsatz «Gemeinnutz geht vor Eigennutz» nichts, ebensowenig der Hinweis darauf, dass die Beklagte öffentliche Gelder verwalte und pflichtmässig mit ihnen sparsam wirtschaften müsse. Ebensowenig hilft hier der Beklagten der Hinweis auf die Zinssenkungsverordnungen und die in deren Zug eingetretenen Senkungen des Zinsfusses weiter. Die Gegenleistung der Beklagten bestand und besteht nicht in der Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Kapitals und der Entrichtung

V. RAMELIA, La funzione dell'equità nel campo dell'esecuzione dei contratti, RDCo 1922, I, p. 62 s.; OSILIA, La sopravvenienza contrattuale, RDCo 1924 I, p. 295 s.

⁽²⁾ Basterà richiamare, per tutti, il sempre fondamentale scritto dello SCIALOJA, V., Del diritto positivo e dell'equità, in Studi giuridici. III (Roma. 1932), p. 1 s.

⁽³⁾ V. Pacchioni, Diritto civile italiano, I, I, p. 49 segg. Interessante è lo studio dell'Osilia. L'equità nel diritto privato (Roma, 1923), criticato giustamente dal Caliendo, loc. cit., p. 212.

⁽⁴⁾ V. le nostre Osservazioni alla sentenza RG 3, 8, 1938, dianzi riportata: ivi specialmente il n. 3.

⁽⁵⁾ Più ampie considerazioni in Caliendo, loc. cit. p. 212.

⁽⁶⁾ Del resto, dice giustamente il CALIENDO, loc. cit.: « nella eventualità di profondi rivolgimenti economici e di alterazioni notevoli nelle situazioni di fatto esistenti al momento delle varie pattuizioni, il legislatore non si astiene dall'intervenire ».

⁽⁷⁾ V., da ultimo, Cass. 29. 7. 1938, FIRep 1938, 1367 n. 268. Naturalmente l'applicazione delle clausola rebus sic stantibus, non viene esclusa quando essa sia o espreasamente dedotta in contratto, o pure chiaramente desumibile da questo, per mezzo della interpretazione della volontà delle parti: v. Cass. 19. 12. 1933, RDCo 1934, II, p. 179 segg.

⁽⁸⁾ V. però, da ultimo, in senso nettamente difforme da queste nostre conclusioni, De Simone, Ancora sulla sopravvenienza controttuale nel diritto positivo, RDPr 9 (1939) estr.

L'Istitute Italiane di Suedi Legislativi, fundato nel 1925, eretto in euto morale con R. decreto 20 novembre 1937, n. 2488 e regolato con legge 23 giugna 1930, n. 992, è un'associazione apolitica, avente per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicato al diritte e, sepraturto, gli studi di Diritte Comporata.

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

Socs onniream, auche stronteri (compresi Biblioteche ed Enti). Diritti: concessione gratuita dell' a annuario di Diritta Comparato e di Studi Legislativi a: sconto del 10 % per le altre-Riviste. Oblighi: quota d'iscrizione Lire 20; quota annuale Lire 160.

Soci armemberri, coche stranieri (compresi Biblioteche ed Esti). Diritti: concessione gratuita di tutte le Riviste (meno il a Repertorio della Legislamone Mondiales). Obblighi: quota annuale, Lire 1900.

Per tutti i seci obbligo del ramborso delle spese posteli

Per la nomina a socio, esprimerne il desiderio scrivendo all'Istimo, Roma, Ministero di Grazia e Giustizio.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Ishtute Italiano di Stadi Legislatini, gegennaet im Jahre 1925, ausgestattet mit puristischer Personlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1931, Nr. 2488, und geregelt deren das Gesetz vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein unpolitischer Verein, der sum Gegenstand gesetzgeberische Studien aber Statistik. Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf des Recht, und vor allem die Rechtsvergleichung.

Die Mitglieder des Institute haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen;

Onderviaces Merculedes, such Auständer (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Austaten), Rechte: hostenlose Lieferung des « Jahrbuche für Buchtsvergleichung und Gesetzgebuhr 20 Lore; jährlicher Beitrag 100 Lire.

Essenarromence, auch Auslander (einschneszhen Ribliotheken und sonstige Austalten).
Roche : kostenlose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausnahme des a Repertoriums der Weltgesetzgebungs). Verpflichungen: jährlichet Beitzeg 1000 Lire.

Die Portospesen gehen stets zu Lasten der Mitglinder.

Azirage un Lineauung zum Mitglied sind zu richten an das Isurato Italiano di Studi Legislotini, Roma, Ministero il Grazia e Giastizia. Anne VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIBIESTRALE - Spedis. in abbonam. postale (4º Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX kommt dem berechtigten Schonungsbedürfnis des Beklagten und Revisionsklägers in weitem Masse entgegen; diese Fassung bezeichnet die äusserste Grenze, bis zu der der Beklagte eine Herabsetzung der im Vertrag von den Parteien als unabänderlich gedachten Unterhaltsrente aus Billigkeitsgründen erwarten darf.

Bei der Entscheidung darüber, welches Einkommen dem Beklagten hiernach zu belassen ist, ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte zur Zeit zwar ein hohes Gehalt, aber keinerlei Versorgungsansprüche für sein Alter oder für seine Hinterbliebenen hat. Ihm muss daher von seinem Gehalt nicht nur der Betrag für seinen und seiner Ehefrau gegenwärtigen Lebensbedarf, sondern auch ein weiterer Betrag belassen werden, den er braucht, um etwas für sein Alter und die Zeit seiner Erwerbsunfähigkeit zurückzulegen und um auch für die Zukunft seiner jetzigen Ehefrau durch Eingehung einer Lebensversicherung in angemessener Höhe zu sorgen.

Die Tatsache, dass die Klägerin ihrerseits sieh ein kleines Vermögen erspart haben soll, erachtet der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht für unerhebich. Der Grund, der zur Herabsetzung der als unabänderlich vereinbarten Unterhaltsrente führen kann, kann nach dem vorher Ausgeführten immer nur der Gesichtspunkt der Existenzschonung des Beklagten, nicht dagegen eine möglicherweise eingetretene Verhesserung der wirtschaftlichen Lage der Klägerin sein.

ANMERKUNG. - Die « clausula rebus sic stantibus » in Unterhaltsverträgen. - Im allgemeinen kann auf die Anmerkungen zu den beiden vorgehenden Entscheidungen verwiesen werden. Unterhaltsverträge werden häufig abgeschlossen, wenn eine gesetzliche Unterhaltspflicht vorliegt. Geschiedene oder getrennt lebende Ehegatten zum Beispiel einigen sich häufig innerhalb oder ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens über die Höhe der Unterhaltsrente, die der Ehemann der Ehefrau zu gewähren hat. Wenn sieh die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten später senkt, so wäre es unbillig, ihn weiter mit der Unterhaltsrente in unverminderter Höhe zu belasten. Eine Neufestsetzung seiner Verpflichtung durch Richterspruch muss möglich sein. Das Gesetz enthält nur eine Verfahrensvorschrift für solche Fälle: § 323 Absatz 4 der Zivilprozessordnung lässt eine Abänderungsklage zu. Eine materiell-rechtliche Bestimmung über die Herabsetzung der Unterhaltsrente ist nicht vorhanden. Das Reichsgericht geht nun in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass solchen Unterhaltsverträgen stillschweigend die clausula rebus sic stantibus innewohnt. (RGZ 146 Seite 395; Höchstrichterliche Rechtsprechung, 1936', Nr. 435. 1937 Nr. 1309). Die Rente soll die Existenz des Berechtigten sichern, sie soll aber nicht die Existenz des Verpflichteten vernichten. Sie muss daher bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Kraft des Verpflichteten entsprechend vermindert werden.

Besonders hervorzuheben ist aus der vorliegenden Entscheidung, dass einem vertraglichen Ausschluss der späteren Veränderung die Wirkung versagt wird. Man wird auch diesem Satz zustimmen müssen.

MASSIMARIO

166). RG 22. 1. 1938; JW 1938, 1023.

- Vizio di forma Invocazione abusiva Persona giuridica pubblica.
- FORMMÄNGEL RECHTSMISSBRÄUCHLICHE GELTENDMACHUNG OEFFENTLICH RECHTLICHE KÖRPERSCHAFT.
- Flaw of form Abusive invocation Public corporation.
- Vice de forme Invocation abusive Pouvoir public.

L'invocazione di un vizio di forma può rappresentare – avuto riguardo alle precedenti relazioni fra le parti – un esercizio abusivo del proprio diritto da parte di chi lo invoca anche nel caso che il requisito di forma non osservato sia stato disposto a tutela di una persona giuridica pubblica.

Die Berufung einer Partei auf Formmängel kann angesichts des früheren Verhaltens der Partei auch dann eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn die nicht beachtete Formvorschrift zum Schutze einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen ist.

Anmerkung. – Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Formmängeln. – Wegen der allgemeinen Bedeutung des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann ich auf die Anmerkung zu dem vollständig abgedruckten Urteil des Reichsgerichts vom 3. 8. 1938 (oben Nr. 163) verweisen.

Wird ein formbedürftiges Rechtsgeschäft formlos abgeschlossen, zum Beispiel ein der Schriftform bedürftiger Vertrag nur mündlich vollzogen, so kann im allgemeinen kein Vertragsteil von
dem anderen Erfüllung des Vertrages verlangen, und zwar auch nicht mit der Begründung, dass
die Vereinbarung nach Treu und Glauben gehalten werden müsse; denn eine derartig weitgehende
Berufung auf Treu und Glauben würde die vom Gesetzgeber erlassenen Formvorschriften völlig
entwerten. Die Rechtsprechung hat jedoch gegenüber demjenigen, der sich auf die Nichtbeachtung
der Formvorschrift beruft, die Einrede der Arglist gewährt, wenn dieser durch eigene Handlung
arglistig bewirkt hat, dass die Formvorschrift nicht innegehalten wurde. Später hat die Rechtsprechung dies noch dahin erweitert, dass sich eine Partei nicht auf die Nichtinnehaltung der Formvorschrift berufen kann, wenn das mit ihrem früheren Verhalten im Widerspruch steht (venire contra factum proprium).

Im vorliegenden Falle hatte eine Stadtgemeinde eine Bürgschaft übernommen und zunächst längere Zeit im Rechtsverkehr mit dem Gläubiger diese Bürgschaft auch als rechtswirksam behandelt. Später berief sie sich darauf, dass die Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Gemeinderechts nicht gewahrt seien. Diesem geänderten Rechtsstandpunkt steht der Einwand der unzulässigen Rechtssausübung (oder die Einrede der Arglist) auf Grund des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen. Die Formvorschriften waren teilweise zum Schutze von Stadtgemeinden erlassen. Es führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis, jedenfalls nicht im vorliegenden Falle, in dem nämlich den Belangen dieser Stadtgemeinde die Belange einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegenüberstanden.

ALTRE OSSERVAZIONI. – In tema di nullità del negozio giuridico. – La decisione del RG 22. 1.

1938 non deve, a mio avviso, approvarsi. Trattasi di un altro esempio della applicazione troppo
intensiva e veramente esagerata del § 242 BGB, cui si abbandona la giurisprudenza tedesca (1).

⁽¹⁾ La dottrina tedesca non approva, tuttavia, questo indirizzo giurisprudenziale: v. H. Loe., Ueber die Ameendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei Formmängeln, in Giurisprudenza comparata di diritto civile, III (Roma, 1939), p. 215. V. tuttavia, in senso conforme al Reichsgericht, ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil¹³ (Marburg, 1931), § 202, III, sub 2.

SENT. N. 187

Mi basti rimandare, per la critica di quel che credo di poter definire addirittura un eccesso, alle Osservazioni apposte alla sentenza RG 3. 8. 1938 (riportata retro al n. 163).

Tentiamo ora di precisare la fattispecie esaminata dal Reichsgericht. Una persona giuridica pubblica (Comune) stipula con altra persona giuridica pubblica un contratto (fideiussione) senza osservare le prescrizioni di forma, richieste ad substantiam per quel contratto dalla legge civile e volute, per fini di tutela, dalla legge comunale. Dopo alcun tempo dalla stipula, il comune si decide ad invocare la nullità del contratto per vizio di forma. Portata la causa davanti al Reichsgericht, questo decide che il comportamento del comune - nell'intervallo fra la conclusione del negozio e l'esperimento dell'azione di nullità - è stato in contrasto col principio del Treu und Glauben di cui al § 242 BGB: sì che il comune deve subire le conseguenze del suo agire doloso ed il contratto ha da considerarsi pienamente valido.

Chi, come noi, è convinto di ciò, che la « buona fede », di cui parlane il § 242 BCB e l'art. 1124 cod. civ., ha i suoi strettissimi e invalicabili confini, vedrà subito come alla decisione del Reichsgericht manchi del tutto ogni base positiva. Se il requisito di forma era richiesto (come pare) ad substantiam, la sua mancanza aveva importato sin dal primo momento la piena nullità del negozio, nè il comportamento del comune posteriormente alla stipula poteva essere tale da giustificare (fosse o non fosse doloso) il superamento del principio fondamentale quod nullum est, nullum producit effectum. Il fatto che la legge amministrativa si aggiungeva a quella civile nel richiedere l'adempimento degli stessi requisiti di forma non può che rafforzare, se pur di ciò hanno bisogno, queste nostre conclusioni [Prof. A. Guarino].

167). OLG Breslau 15. 2. 1938; Recht des Reichnährstandes 1938, n. 169.

- Consorzi economici di diritto pubblico Atti di imperio Ricorso avanti i TRIBUNALI ORDINARI - INAMMISSIBILITÀ.
- Hoheitliche Massnahmen öffentlich-rechtlicher Wirtschaftsverbände Klace bei ordentlichem Cericht - Unzulässickeit.
- ACTS OF STATE BY PUBLIC ECONOMIC SYNDICATES ACTION BROUGHT IN ORDINARY COURT - INADMISSIBLE.
- Mesures prises par des organes publics de l'économie Recours auprès des TRIBUNAUX - IRRECEVABILITÉ,

Non è possibile ottenere, mediante ricorso ai tribunali civili ordinari, l'annullamento di atti di impero compiuti da consorzi economici (Wirtschaftsverbände) di diritto pub-

Hoheitliche Massnahmen der öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsverbände können nicht durch Urteil eines Zivilgerichts beseitigt werden.

Anmerkung. - Verwaltungsakte staatlicher Behörden können in der Regel nicht durch Klage vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden. Eine Ausnahme besteht im Falle der Amtshaftung. Hat ein Beamter seine Amtspflicht gegenüber irgendeiner Person verletzt und ist dadurch ein Schaden eingetreten, so haftet der Staat dem Geschädigten auf Ersatz des Schadens und kann sich seinerseits dann wieder an dem schuldigen Beamten schadlos halten (§ 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Artikel 131 der Weimarer Reichsverfassung, § 23 des Deutschen Beamten-Gesetzes). Für diese Rechtsstreitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Da es sich um eine Schadensersatzleistung handelt, würde an sich die Vorschrift des § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten, wenach in erster Linie der frühere Zustand wiederherzustellen ist (Natural-Restitution). Diese Bestimmung kann jedoch nicht angewandt werden, weil dies einen unmittelbaren Eingriff der ordentlichen Gerichte in die Verwaltungstätigkeit bedeuten würde. Die Gerichte würden genötigt sein, einen fehlerhaften Verwaltungsakt aufzuheben oder die Verwaltungsbehörde anzuweisen, einen bisher unterlassenen Verwaltungsakt vorzunehmen. Die Gerichte können daher nur Schadensersatz in Geld festsetzen (RGZ, Band 156, Seite 40).

Dieselben Grundsätze gelten für die Wirtschaftsverbände, die zur Durchführung der landwirtschaftlichen Marktordnung geschaffen sind. Im vorliegenden Falle hatte ein Brau-Wirtschaftsverband einer Brauerei verboten, einen Gastwirt zu beliefern. Der Gastwirt beantragte beim ordentlichen Gericht, durch einstweilige Verfügung die Anordnung des Brau-Wirtschaftsverbandes aufzuheben und den Erlass derartiger Anordnungen für die Zukunft zu verbieten. Dies ist nicht angängig, da das Gericht sich damit in die hoheitlichen Befugnisse des Brau-Wirtschaftsverbandes einmischen würde.

ALTRE OSSERVAZIONI. - Sui ilmiti della competenza giudiziaria in materia di giustizia amministrativa. - 1. - Giova appena ricordare che l'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia è sensibilmente diverso da quello germanico (v. in proposito Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo italiano [Messina, 1933], III, p. 80; VITTA, Diritto amministrativo [Torino, 1933], p. 408; D'Alessio, Istituzioni di diritto amministrativo italiano [Torino, 1934], II, p. 265; Zanobini, Corso di diritto amministrativo, II [Milano, 1937], p. 13).

Il sistema germanico di organizzazione della giustizia amministrativa è consistito, fondamentalmente, nella creazione di speciali « tribunali amministrativi », distinti sia dai tribunali ordinari che dagli organi amministrativi, e nella devoluzione a questi collegi giudicanti della cognizione di tutte le controversie a carattere amministrativo. Circa la natura di queste ultime, va notato - per quel che qui ci interessa - che le controversie fra privati e pubbliche amministrazioni rimesse alle giurisdizioni speciali amministrative sono, fondamentalmente, « quelle di diritto pubblico, corrispondenti all'esercizio del potere di impero e alla gestione dei servizi pubblici » (Zanobini, op. cit., p. 29). Va aggiunto ancora che il sistema tedesco, anzi che ricorrere alla indicazione di criteri più o meno esatti per stabilire il carattere amministrativo delle singole controversie, preferisce far capo, di volta in volta, alla enumerazione tassativa delle materie di competenza di ciascun tribunale am-

Di fronte al sistema germanico il nostro sistema si delinea con ben altre caratteristiche. Anche esso è informato al principio della doppia giurisdizione, ma non contempla, tuttavia, tribunali amministrativi indipendenti, preferendo affidare (analogamente a quanto avviene in Francia) le materie del contenzioso amministrativo alla cognizione del Consiglio di Stato e di altri organi locali in sede giurisdizionale. Quanto alla competenza circa le controversie amministrative, i criteri seguiti in Italia si diversificano sia da quelli adottati nel sistema francese, che da quelli del sistema tedesco: 1) perchè le controversie amministrative non vengono deferite esclusivamente alla cognizione delle giurisdizioni amministrative, ma anche a quella dei tribunali ordinari; 2) perchè il riparto della competenza fra tribunali amministrativi e tribunali ordinari vien fatto (salvo i casi di competenza esclusiva, tassativamente disposti) mediante l'indicazione di alcune direttive generali (v. principalmente I. 20. 3. 1865, all.E., art. 2), ampiamente elaborate e specificate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2. - Date queste premesse, è chiara la difficoltà di tracciare analogie più o meno esatte fra il caso risolto dall'Oberlandesgericht di Breslau e casi occorsi in Italia. In linea generale, tuttavia, può dirsi che la decisione della Corte tedesca ripete uno stadio corrispondente, ma ormai superato, della nostra giurisprudenza în tema di giustizia amministrativa. Basterà qualche cenno per dimostrarlo.

La legge 20 marzo 1865, all. E, fa rientrare - come è ben noto - nella competenza della giurisdizione ordinaria « tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa » (art. 2). Ma la nostra giurisprudenza si è ben presto affrettata - come è altrettanto noto - a restringere alquanto la sfera di competenza determinata dalla legge, soprattutto in ordine alle questioni relative a diritti civili o politici. Ed anzitutto essa ha distinto - fortemente appoggiata dalla dottrina del secolo scorso (citata in CAMMEO, Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa [Milano, 1910], p. 770) - fra atti di impero ed atti di gestione della P. A., escludendo la competenza del giudice ordinario riguardo alla prima categoria (che è costituita dagli atti amministrativi unilaterali: concessioni, autorizzazioni, comandi e divieti). Senonchè la distinzione è stata vigorosamente osteggiata, in questi ultimi decenni, dalla più corretta dottrina (v., da ultimo, ZA-NOBINI, op. cit., p. 149 seg.) ed essa non è più adottata, di massima, già da molti anni nelle decisioni

L'Istituto Italiano di Studi Legislanci, fondato nel 1925, ecceto in ente marale con R. decreto 29 novembre 1937, n. 2388 e regulato 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, copraratto, gli studi di Diritto Comparate.

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

Soct expinant, unche manieri (compreni Biblioteche ed Entil Dirini: concessione gratuita dell' « Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi « scuato del 10 % per le altre Riviste. Obblight : quota d'iscrizione Lire 20: quota aremale Lire 100.

Soci au nesientit, anche stranseri (compresi Bibliotechio od Enti). Diretti: concessione gratuita di tutte le Blaviste (mene il « Repertorio della Legislazione Wondiale a). Obblighi : quota

Per tutti s soci obbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimerna il desidezio surivendo all'Istinco, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istituto Ptalinno di Studi Legislatini, gegrandet im Jahre 1925, ansgestattet mie jaristischer Personlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1957, Nr. 2488, und geregelt durch das Gesetz vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein unpolitischer Versin, der num Gegenstand gesotzgeberische Stiedien hat, mabesondere Studien über Statistill, Wirtschaft und Geschiebre in direr Anwendung auf das Recht, und vor allem die Bechtscorgleichung.

Die Mirgheder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

Onderrische Mirchieden, auch Ausländer (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Austaiten), Renhter kostenlose Lieferung des v Jahrburhs für Herbtsvergleichung und Gesetzgebungsstud as a em Skonia von 10 % für die andern Zenschriften. Verpflichsungen: Eintragungsgebühr 20 Lire; jährlicher Beitrag 100 Lira.

Eurenmurgurenen, auch Ausländer (einsehlieselseh Bibliotheken und sonstige Austalten). Reclus : Kost cultose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausonline des «Reperteriums der Weltgesersgebung i). Verpflichtungen ; jährlicher Beitrag 1000 Lare.

Die Pertospesen geben stets zu Lassen der Mitglieder.

Antelige un Erneuming zum Mitglied sind zu nichten an das Istimo Italiano di Studi Legislatiul, Roma, Ministero di Grazia e Giusticia.

Anne VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spediz, in abbonum, postale (4º Grappo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

Mi basti rimandare, per la critica di quel che credo di poter definire addirittura un eccesso, alle Osservazioni apposte alla sentenza RG 3. 8. 1938 (riportuta retro al n. 163).

Tentiamo ora di precisare la fattispecie esaminata dal Reichsgericht. Una persona giuridica pubblica (Comune) stipula con altra persona giuridica pubblica un contratto (fideiussione) senza osservare le prescrizioni di forma, richieste ad substantiam per quel contratto dalla legge civile e volute, per fini di tutela, dalla legge comunale. Dopo alcun tempo dalla stipula, il comune si decide ad invocare la nullità del contratto per vizio di forma. Portata la causa davanti al Reichsgericht, questo decide che il comportamento del comune – nell'intervallo fra la conclusione del negozio e l'esperimento dell'azione di nullità – è stato in contrasto col principio del Treu und Glauben di cui al § 242 BCB: sì che il comune deve subire le conseguenze del suo agire doloso ed il contratto ha da considerarsi pienamente valido.

Chi, come noi, è convinto di ciò, che la « buona fede », di cui parlano il § 242 BGB e l'art. 1124 cod. civ., ha i suoi strettissimi e invalicabili confini, vedrà subito come alla decisione del Reichsgericht manchi del tutto ogni base positiva. Se il requisito di forma era richiesto (come pare) ad substantiam, la sua mancanza aveva importato sin dal primo momento la piena nullità del negozio, nè il comportamento del comune posteriormente alla stipula poteva essere tale da giustificare (fosse o non fosse doloso) il superamento del principio fondamentale quod nullum est, nullum producit effectum. Il fatto che la legge amministrativa si aggiungeva a quella civile nel richiedere l'adempimento degli stessi requisiti di forma non può che rafforzare, se pur di ciò hanno bisogno, queste nostre conclusioni [Prof. A. Guarino].

167). OLG Breslau 15. 2. 1938; Recht des Reichnährstandes 1938, n. 169.

- Consorzi economici di diritto pubblico Atti di imperio Ricorso avanti i tribunali ordinari - Inammissibilità.
- Hoheitliche Massnahmen öffentlich-rechtlicher Wirtschaftsverbände -Klage bei ordentlichem Gericht - Unzulässigkeit.
- ACTS OF STATE BY PUBLIC ECONOMIC SYNDICATES ACTION BROUGHT IN ORDINARY COURT - INADMISSIBLE.
- MESURES PRISES PAR DES ORGANES PUBLICS DE L'ÉCONOMIE RECOURS AUPRÈS DES TRIBUNAUX - ÎRRECEVABILITÉ.

Non è possibile ottenere, mediante ricorso ai tribunali civili ordinari, l'annullamento di atti di impero compiuti da consorzi economici (Wirtschaftsverbände) di diritto pubblico.

Hoheitliche Massnahmen der öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsverbände können nicht durch Urteil eines Zivilgerichts beseitigt werden.

Anmerkung. – Verwaltungsakte staatlicher Behörden können in der Regel nicht durch Klage vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden. Eine Ausnahme besteht im Falle der Amtshaftung. Hat ein Beamter seine Amtspflicht gegenüber irgendeiner Person verletzt und ist dadurch ein Schaden eingetreten, so haftet der Staat dem Geschädigten auf Ersatz des Schadens und kann sich seinerseits daun wieder an dem schuldigen Beamten schadlos halten (§ 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Artikel 131 der Weimarer Reichsverfassung, § 23 des Deutschen Beamten-Gesetzes). Für diese Rechtsstreitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Da es sich um eine Schadensersatzleistung handelt, würde an sich die Vorschrift des § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten, wenach in erster Linie der frühere Zustand wiederherzustellen ist (Natural-Restitution). Diese Bestimmung kann jedoch nicht angewandt werden, weil dies einen unmittelbaren Eingriff der ordentlichen Gerichte in die Verwaltungstätigkeit bedeuten würde. Die Gerichte würden genötigt sein, einen fehlerhaften Verwaltungsakt aufzuheben oder die Verwaltungshehörde anzuweisen, einen bisher unterlassenen Verwaltungsakt vorzunehmen. Die Gerichte können daher nur Schadensersatz in Geld festsetzen (RGZ, Band 156, Seite 40).

Dieselben Grundsätze gelten für die Wirtschaftsverbände, die zur Durchführung der landwirtschaftlichen Marktordnung geschaffen sind. Im vorliegenden Falle hatte ein Brau-Wirtschaftsverband einer Brauerei verboten, einen Gastwirt zu beliefern. Der Gastwirt beantragte beim ordentlichen Gericht, durch einstweilige Verfügung die Anordnung des Brau-Wirtschaftsverbandes
aufzuheben und den Erlass derartiger Anordnungen für die Zukunft zu verbieten. Dies ist nicht
angängig, da das Gericht sich damit in die hoheitlichen Befugnisse des Brau-Wirtschaftsverbandes
einmischen würde.

ALTRE OSSERVAZIONI. – Sui limiti della competenza giudiziaria in materia di giustizia amministrativa. – 1. – Giova appena ricordare che l'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia è sensibilmente diverso da quello germanico (v. in proposito Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo italiano [Messina, 1933], III, p. 80; VITTA, Diritto amministrativo [Torino, 1933], p. 408; D'Alessio, Istituzioni di diritto amministrativo italiano [Torino, 1934], II, p. 265; ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, II [Milano, 1937], p. 13).

Il sistema germanico di organizzazione della giustizia amministrativa è consistito, fondamentalmente, nella creazione di speciali « tribunali amministrativi », distinti sia dai tribunali ordinari che dagli organi amministrativi, e nella devoluzione a questi collegi giudicanti della cognizione di tutte le controversic a carattere amministrativo. Circa la natura di queste ultime, va notato – per quel che qui ci interessa – che le controversic fra privati e pubbliche amministrazioni rimesse alle giurisdizioni speciali amministrative sono, fondamentalmente, « quelle di diritto pubblico, corrispondenti all'esercizio del potere di impero e alla gestione dei servizi pubblici » (Zanobini, op. cit., p. 29). Va aggiunto ancora che il sistema tedesco, anzi che ricorrere alla indicazione di criteri più o meno esatti per stabilire il carattere amministrativo delle singole controversie, preferisce far capo, di volta in volta, alla enumerazione tassativa delle materie di competenza di ciascun tribunale amministrativo.

Di fronte al sistema germanico il nostro sistema si delinea con ben altre caratteristiche. Anche esso è informato al principio della doppia giurisdizione, ma non contempla, tuttavia, tribunali amministrativi indipendenti, preferendo affidare (analogamente a quanto avviene in Francia) le materie del contenzioso amministrativo alla cognizione del Consiglio di Stato e di altri organi locali in sede giurisdizionale. Quanto alla competenza circa le controversie amministrative, i criteri seguiti in Italia si diversificano sia da quelli adottati nel sistema francese, che da quelli del sistema tedesco: 1) perchè le controversie amministrative non vengono deferite esclusivamente alla cognizione delle giurisdizioni amministrative, ma anche a quella dei tribunali ordinari; 2) perchè il riparto della competenza fra tribunali amministrativi e tribunali ordinari vien fatto (salvo i casi di competenza esclusiva, tassativamente disposti) mediante l'indicazione di alcune direttive generali (v. principalmente l. 20. 3. 1865, all.E., art. 2), ampiamente elaborate e specificate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2. — Date queste premesse, è chiara la difficoltà di tracciare analogie più o meno esatte fra il caso risolto dall'Oberlandesgericht di Breslau e casi occorsi in Italia. In linea generale, tuttavia, può dirsi che la decisione della Corte tedesca ripete uno stadio corrispondente, ma ormai superato, della nostra giurisprudenza in tema di giustizia amministrativa. Basterà qualche cenno per dimostrarlo.

La legge 20 marzo 1865, all. E, fa rientrare – come è ben noto – nella competenza della giurisdizione ordinaria « tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministraziva » (art. 2). Ma la nostra giurisprudenza si è ben presto affrettata – come è altrettanto noto – a
restringere alquanto la sfera di competenza determinata dalla legge, soprattutto in ordine alle
questioni relative a diritti civili o politici. Ed anzitutto essa ha distinto – fortemente appoggiata
dalla dottrina del secolo scorso (citata in Cammeo, Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa [Milano, 1910], p. 770) – fra atti di impero ed atti di gestione della P. A., escludendo la
competenza del giudice ordinario riguardo alla prima categoria (che è costituita dagli atti amministrativi unilaterali: concessioni, autorizzazioni, comandi e divieti). Senonchè la distinzione è stata
vigorosamente osteggiata, in questi ultimi decenni, dalla più corretta dottrina (v., da ultimo, ZaNOBINI, op. cit., p. 149 seg.) ed essa non è più adottata, di massima, già da molti anni nelle decisioni

SENT. N. 169

giurisprudenziali, che giungono finanche, talvolta, ad escluderla in sede di motivazione (v., ad es., App. Firenze 8. 1. 1934, FIRep 1934, 290, 41: « Anche quando l'offesa al diritto privato sia la conseguenza di un atto di imperio della pubblica amministrazione, la reintegrazione del diritto leso, con la limitazione di che l'art. 4 legge sul contenzioso amministrativo, appartiene alla competenza del giudice ordinario »). Si preferisce ricorrere oggi, da noi, ad un diverso criterio distintivo, basato sulla discrezionalità dell'atto: i tribunali ordinari non sono competenti a giudicare dell'uso fatto del suo potere discrezionale dall'autorità amministrativa (v. in proposito Zanobini, op. cit., p. 150 s. e citazioni di giurisprudenza ivi, p. 150^s).

Ora è proprio l'abbandono del criterio degli atti di imperio e l'assunzione di quello degli atti discrezionali che rappresenta il punto di distacco, anzi di superamento, del sistema italiano di fronte al sistema germanico. Conformemente al criterio generale seguito, la giurisprudenza germanica esclude che possano essere asserite azioni in responsabilità contro la P. A., allorchè il danno di cui si tratta sia derivato da atti di impero (hoheitliche Massnahmen): il ricorso davanti ai tribunali ordinari è ammesso, ai fini del risarcimento del danno, solo per gli atti di gestione della P. A. La dottrina e la giurisprudenza italiane, invece, ammettono pienamente l'esperimento delle azioni in responsabilità anche quando trattisi di atti discrezionali, e ciò per la semplicissima ragione che la discrezionalità non può implicare il potere di tenere in non cale le norme che tutelano i diritti assoluti dei cittadini, nè, d'altronde, le norme suggerite dalla comune esperienza e dalla normale diligenza a tutela della integrità fisica dei terzi (v. in proposito VITTA, Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti, GI 1929, IV, p. 1 s.; Romano, Corso di diritto amministrativo [Padova, 1936], p. 251 s.; DE GENNARO, Responsabilità dello Stato per danni ai privati, Riv. di dir. pubblico, 1938, p. 143 s.; RAGGI, La responsabilità dello Stato e degli altri enti pubblici per danni, Dir. commerciale, 1938, p. 81 s.; DE MARTINO, Osservazioni a sent. 242-244 in Giurisprudenza comparata di dir. civile, II [Roma, 1939], p. 234 segg.).

Non sarà inutile riportare, a conclusione di queste note, una recente e chiarissima massima della Cass. 26. 1. 1939, FI 1939, I, 1151 s. (con nota adesiva del Form): « La organizzazione dei pubblici servizi e le attività che nell'ambito di essi spiega di conseguenza l'Amministrazione hanno carattere discrezionale; ma tale discrezionalità e la conseguente insindacabilità trovano un limite, oltrechè nelle norme di leggi e regolamenti, anche nelle norme comuni di esperienza e diligenza a tutela dell'altrui integrità fisica, che devono essere rispettate pure nell'esercizio di potestà discrezionali della pubblica Amministrazione ». [Prof. A. Guarino].

168), RG 17, 5, 1938; JW 1938, 2203.

- RISARCIMENTO DEL DANNO VANTAGGI DERIVANTI DA UN CAMBIAMENTO DI SCUOLA « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » – INAMMISSIBILITÀ.
- Schadenersatz Vorteile aus einem Schulwechsel « Compensatio lucri cum damno » – Unzulässigkeit.
- DAMAGES ADVANTAGES RESULTING FROM A SCHOOL CHANGE « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » - INADMISSIBLE.
- Dommages-intérêts Avantages résultant d'un changement d'école « Compensatio lucri cum damno » - Inadmissibilité.

Se uno scolaro sia stato costretto, in seguito di un accidente occorsogli, a cambiare di scuola, non può addursi come motivo di riduzione della sua azione in risarcimento il fatto che egli verrà in seguito a conseguire, per effetto del cambiamento di scuola, una più remunerata posizione sociale.

Ein Schüler, der infolge eines Unfalls seine Schule wechseln muss, braucht sich beim Anspruch auf Ersatz seines Schadens nicht als Vorteil anrechnen zu lassen, dass er später infolge der veränderten Schulbildung eine besser bezahlte Stellung erhalten wird.

Anmerkung, - Vorteilsausgleichung und Kausalzusammenhang, - Wer von einem anderen Ersatz eines Schadens beanspruchen kann, soll durch den Schadensersatz nicht besser gestellt werden, als er vor dem schädigenden Ereignis stand. Hat das schädigende Ereignis ihm irgendwelche Vorteile gebracht, so sind diese bei der Festsetzung der Schadenshöhe zu berücksichtigen. Dies geschicht heute auf Grund des § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es handelt sich dabei nur um eine Frage der Schadensberechnung (RGZ, 146, Seite 278).

Das schädigende Ereignis und der erzielte Vorteil müssen in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, der rechtlich beachtlich ist (adäquater Kausalzusammenhang). Im vorliegenden Falle hat das Reichsgericht diesen Zusammenhang mit Recht verneint. Es musste Schadensersatz geleistet werden, weil ein Schüler sich bei einem Ringkampf in der Schule den rechten Arm gebrochen hatte. Der Schüler war Sohn eines Handwerkers und sollte Handwerker werden. Infolge der Verletzung konnte er es nicht mehr und musste aus der Volksschule in die Realschule umgeschult werden, um einen anderen Beruf zu erlernen. Falls der Schüler später auf Grund dieser veränderten Schulbildung eine besser bezahlte Stellung erlangen sollte, so kann dieser Vorteil bei der Bemessung des Schadens nicht als eine Folge im Rechtssinn betrachtet und angerechnet werden. Ausserdem handelt es sich nur um eine ganz ungewisse Möglichkeit (S. Giurisprudenza comparata di diritto civile, II, Urteil N. 121, mit Anmerkungen von F. Was.).

ALTRE OSSERVAZIONI. – In tema di compensatio lucri cum damno. – La decisione del RG 17. 5. 1938 deve senz'altro approvarsi: la pretesa dell'amministrazione scolastica, di voler compensare con il danno risarcibile il vantaggio che sarebbe derivato allo scolaro infortunato dal cambiamento di indirizzo dei suoi studi, era palesemente assurda ed infondata.

La dottrina e la giurisprudenza ricorrono spesso, anche in Italia, al concetto di compensatio lucri cum damno (v. in proposito Leone, Compensatio lucri cum damno, in Filangieri, 1916, p. 176, 356; De Cuers, Compensatio lucri cum damno, in Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro 1938, p. 57). Il principio che in tal caso si applica è il seguente: se dal fatto lesivo deriva non solo un danno, ma anche un vantaggio, di questo s'ha da tener conto in sede di liquidazione, sino al punto da negarsi addirittura il risarcimento, se il vantaggio sia superiore. Ora è certo che, quando anche danno e vantaggio non siano sorti dallo stesso evento, un nesso di causalità adeguata debba almeno intercorrere fra l'evento produttore del danno e quello generatore del vantaggio: il che non si ha nella fattispecie risolta dalla sentenza in esamc. [Prof. A. Guarino].

169). RG 17. 6. 1938; JW 1938, 2399.

- Danno causato intenzionalmente Negligenza concorrente del danneggiato – Irrilevanza.
- Vorsätzliche Schadenszufügung Mitwirkende Fahrlässigkeit des Beschädigten Unerheblichkeit.
- Damage intentionally caused Contributory negligence Irrelevancy.
- Dommage causé intentionnellement Négligence concurrente de la victime
 Ibrelevance.

Il concorso della colpa del danneggiato non deve, di regola, avere rilevanza, se il danneggiato ha agito soltanto con negligenza, mentre il danneggiante ha agito con dolo. Non vi è eccezione a questo principio nel caso che un pubblico impiegato approfitti della eccessiva dabbenaggine del pubblico per commettere dei peculati.

Mitwirkendes Verschulden des Verletzten ist regelmässig nicht zu berücksichtigen, wenn der Verletzte nur fahrlüssig, der Schädiger aber vorsätzlich gehandelt hat. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nicht anzuerkennen, wenn ein Beamter die Vertrauensseligkeit des Puhlikums zur Begehung von Unterschlagungen ausnutzt.

Anmerkung. – Ueber die Mitwirkung des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens. – § 254 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs lautet: «Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist ».

Bei der Erläuterung dieser Bestimmung hat man früher von einem Verschulden des Beschä-

giurisprudenziali, che giungono finanche, talvolta, ad escluderla in sede di motivazione (v., ad es., App. Firenze 8. 1. 1934, FIRep 1934, 290, 41: « Auche quando l'offesa al diritto privato sia la conseguenza di un atto di imperio della pubblica amministrazione, la reintegrazione del diritto leso, con la limitazione di che l'art. 4 legge sul contenzioso amministrativo, appartiene alla competenza del giudice ordinario s). Si preferisce ricorrere oggi, da noi, ad un diverso criterio distintivo, basato sulla discrezionalità dell'atto: i tribunali ordinari non sono competenti a giudicare dell'uso fatto del suo potere discrezionale dall'autorità amministrativa (v. in proposito Zanobini, op. cii., p. 150 s. e citazioni di giurisprudenza ivi, p. 150¹).

Ora è proprio l'abbandono del criterio degli atti di imperio e l'assunzione di quello degli atti discrezionali che rappresenta il punto di distacco, anzi di superamento, del sistema italiano di fronte al sistema germanico. Conformemente al criterio generale seguito, la giurisprudenza germanica esclude che possano essere asserite azioni in responsabilità contro la P. A., allorchè il danno di cui si tratta sia derivato da atti di impero (hoheitliche Massnahmen): il ricorso davanti ai tribunali ordinari è ammesso, ai fini del risarcimento del danno, solo per gli atti di gestione della P. A. La dottrina e la giurisprudenza italiane, invece, ammettono pienamente l'esperimento delle azioni in responsabilità anche quando trattisi di alti discrezionali, e ciò per la semplicissima ragione che la discrezionalità non può implicare il potere di tenere in non cale le norme che tutelano i diritti assoluti dei cittadini, nè, d'altronde, le norme suggerite dalla comune esperienza e dalla normale diligenza a tutela della integrità fisica dei terzi (v. in proposito VITTA, Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti, GI 1929, IV, p. 1 s.; Romano, Corso di diritto amministrativo [Padova, 1936], p. 251 s.; DE GENNARO, Responsabilità dello Stato per danni ai privati, Riv. di dir. pubblico, 1938, p. 143 s.; Racct, La responsabilità dello Stato e degli altri enti pubblici per danni, Dir. commerciale, 1938, p. 31 s.; DE MARTINO, Osservazioni a sent. 242-244 in Giurisprudenza comparata di dir. civile, II [Roma, 1939], p. 234 segg.).

Non sarà inutile riportare, a conclusione di queste note, una recente e chiarissima massima della Cass. 26. I. 1939, FI 1939, I, 1151 s. (con nota adesiva del Forti): « La organizzazione dei pubblici servizi e le attività che nell'ambito di essi spiega di conseguenza l'Amministrazione hanno carattere discrezionale; ma tale discrezionalità e la conseguente insindacabilità trovano un limite, oltrechè nelle norme di leggi e regolamenti, anche nelle norme comuni di esperienza e diligenza a tutela dell'altrui integrità fisica, che devono essere rispettate pure nell'esercizio di potestà discrezionali della pubblica Amministrazione ». [Prof. A. Guarino].

168). RG 17. 5. 1938; JW 1938, 2203.

- RISARCIMENTO DEL DANNO VANTAGGI DERIVANTI DA UN CAMBIAMENTO DI SCUOLA -« Compensatio lucri cum danno » – Inammissibilità.
- SCHADENERSATZ VORTRILE AUS EINEM SCHULWECHSEL « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » – UNZULÄSSIGKEIT.
- DAMAGES ADVANTAGES RESULTING FROM A SCHOOL CHANGE « COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO » - INADMISSIBLE.
- Dommages-intérêts Avantages résultant d'un changement d'école « Compensatio lucri cum damno » – Inadmissibilité.

Se uno scolaro sia stato costretto, in seguito di un accidente occorsogli, a cambiare di scuola, non può addursi come motivo di riduzione della sua azione in risarcimento il fatto che egli verrà in seguito a conseguire, per effetto del cambiamento di scuola, una più remunerata posizione sociale.

Ein Schüler, der infolge eines Unfalls seine Schule wechseln muss, braucht sich beim Anspruch auf Ersatz seines Schadens nicht als Vorteil anrechnen zu lassen, dass er später infolge der veränderten Schulbildung eine besser bezahlte Stellung erhalten wird.

Anmerkung. – Vorteilsausgleichung und Kausalzusammenbang. – Wer von einem anderen Ersatz eines Schadens beanspruchen kann, soll durch den Schadensersatz nicht besser gestellt werden, als er vor dem schädigenden Ereignis stand. Hat das schädigende Ereignis ihm irgendwelche Vorteile gebracht, so sind diese bei der Festsetzung der Schadenshöhe zu berücksichtigen. Dies geschicht heute auf Grund des § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es handelt sich dabei nur um eine Frage der Schadensberechnung (RGZ, 146, Seite 278).

Das schädigende Ereignis und der erzielte Vorteil müssen in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, der rechtlich beachtlich ist (adäquater Kausalzusammenhang). Im verliegenden Falle hat das Reichsgericht diesen Zusammenhang mit Recht verneint. Es musste Schadensersatz geleistet werden, weil ein Schüler sich bei einem Ringkampf in der Schule den rechten Arm gebrochen hatte. Der Schüler war Sohn eines Handwerkers und sollte Handwerker werden. Infolge der Verletzung konnte er es nicht mehr und musste aus der Volksschule in die Realschule umgeschult werden, um einen anderen Beruf zu erlernen. Falls der Schüler später auf Grund dieser veränderten Schulbildung eine besser bezahlte Stellung erlangen sollte, so kann dieser Vorteil bei der Bemessung des Schadens nicht als eine Folge im Rechtssinn betrachtet und angerechnet werden. Ausserdem handelt es sich nur um eine ganz ungewisse Möglichkeit (S. Giurisprudenza comparata di diritto civile, II, Urteil N. 121, mit Anmerkungen von F. Was.).

ALTRE OSSERVAZIONI. - In tema di compensatio lucri cum damno. - La decisione del RG 17. 5. 1938 deve senz'altro approvarsi: la pretesa dell'amministrazione scolastica, di voler compensare con il danno risarcibile il vantaggio che sarebbe derivato allo scolaro infortunato dal cambiamento di indirizzo dei suoi studi, era palesemente assurda ed infondata.

La dottrina e la giurisprudenza ricorrono spesso, anche in Italia, al concetto di compensatio lucri cum damno (v. in proposito Leone, Compensatio lucri cum damno, in Filangieri, 1916, p. 176, 356; De Cupis, Compensatio lucri cum damno, in Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro 1938, p. 57). Il principio che in tal caso si applica è il seguente: se dal fatto lesivo deriva non solo un danno, ma anche un vantaggio, di questo s'ha da tener conto in sede di liquidazione, sino al punto da negarsi addirittura il risarcimento, se il vantaggio sia superiore. Ora è certo che, quando anche danno e vantaggio non siano sorti dallo stesso evento, un nesso di causalità adeguata debba almeno intercorrere fra l'evento produttore del danno e quello generatore del vantaggio: il che non si ha nella fattispecie risolta dalla sentenza in esame. [Prof. A. Guarino].

169), RG 17, 6, 1938; JW 1938, 2399.

- Danno causato intenzionalmente Negligenza concorrente del danneggiato - Irrilevanza.
- Vorsätzliche Schadenszufügung Mitwirkende Fahrlässigkeit des Beschädigten Unerheblichkeit.
- Damage intentionally caused Contributory negligence Irrelevancy.
- Dommage causé intentionnellement Négligence concurrente de la victime
 Irrelevance.

Il concorso della colpa del danneggiato non deve, di regola, avere rilevanza, se il danneggiato ha agito soltanto con negligenza, mentre il danneggiante ha agito con dolo. Non vi è eccezione a questo principio nel caso che un pubblico impiegato approfitti della eccessiva dabbenaggine del pubblico per commettere dei peculati.

Mitwirkendes Verschulden des Verletzten ist regelmässig nicht zu berücksichtigen, wenn der Verletzte nur fahrlässig, der Schädiger aber vorsätzlich gehandelt hat. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nicht anzuerkennen, wenn ein Beamter die Vertrauensseligkeit des Publikums zur Begehung von Unterschlagungen ausnutzt.

Anmerkung. – Ueber die Mitwirkung des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens. – § 254 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs lautet: « Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist ».

Bei der Erläuterung dieser Bestimmung hat man früher von einem Verschulden des Beschä-

digten gegen sich selbst gesprochen. Nach dem heutigen Rechtsdenken dürfte es richtiger sein, von einer Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft und dem im konkreten Fall beteiligten Volksgenossen zu sprechen. Der Beschädigte ist ihm gegenüber verpflichtet, den Eintritt des Schadens auch seinerseits möglichst zu verhindern oder ihn der Höhe nach gering zu halten (LARENZ, Vertrag und Unrecht, Band II, Seite 100).

Ein derartiges mitwirkendes Verschulden des Beschädigten führt gegebenenfalls zur Verteilung des Schadens zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten. Die Verteilung hängt hauptsächlich davon ab, wer von den Beteiligten vorwiegend den Schaden verursacht hat. Nach der Rechtsprechung ist aber auch die Schuldform von Bedeutung. Hat der Schädiger vorsätzlich, also mit der schwereren Schuldform, gehandelt, der Geschädigte dagegen nur fahrlässig, also mit der leichteren Schuldform, so muss der Schädiger in der Regel den vollen Schaden ersetzen und kann sich nicht auf § 254 des Bürgerlichen Gesctzbuchs berufen (RGZ 148, Seite 58). Nur in besonders gelagerten Fällen kann eine Ausnahme von dieser Regel gemacht werden.

Im vorliegenden Falle hatte der Geschädigte allzu vertrauensselig einem Stadtsekretär, der in der Stadt-Steuerkasse tätig war, Geldbeträge zur Bezahlung seiner Steuern gegeben. Der Stadtsekretär hatte sie unterschlagen. Dem Schadensersatzanspruch des Geschädigten kann nicht entgegengehalten werden, dass er durch seine Fahrlässigkeit die Unterschlagung ermöglicht hat.

Altre osservazioni. – Concorso del fatto del danneggiato nella produzione del danno risarcibile. – Il principio del § 254 BGB trova – come è noto – rispondenza nell'art. 1304 cod. civ. austriaco e nell'art. 44 cod. svizzero delle obbligazioni, ma in nessuna disposizione del codice Napoleone nè del nostro codice civile. Tuttavia esso può dirsi esistente anche nel nostro diritto, ove viene logicamente dedotto dalla norma dell'art. 1151 cod. civ.: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno» (v. in proposito Benigni, La cosidetta compensazione delle colpe, in Rivista critica di diritto egiurisprudenza 1906; Brugi, Colpe di diversa natura e compensazione delle colpe, RDC 6 [1908], 2, 13. s.; Coppa-Zuccari, La compensazione delle colpe [Modena, 1909]; Pacchioni, Della cosidetta compensazione delle colpe [Milano, 1910]; Candice, La compensazione delle colpe nal diritto civile [Napoli, 1920]; Gagliano, Rilevi critici sulla colpa comune [Palermo, 1927]; Savarese, La compensazione delle colpe, in Rassegna Giudiziaria 1934, p. 321 s., 1935, p. 1 s.; Freschi, Concorso di colpa del leso e di concause nella produzione del danno, in Rivista critica in materia di infortuni sul lavoro 1937, p. 277 s.).

Anche la giurisprudenza è unanimemente orientata verso l'ammissione della cosidetta « compensazione delle colpe » (espressione tuttavia pericolosa, perchè potrebbe adombrare una concezione del tutto inesatta). I principi, che dall'esame delle sue decisioni possono trarsi, sono fondamentalmente i seguenti: 1) se il danneggiato è in colpa, per non esser ricorso agli accorgimenti necessari per evitare il danno, la responsabilità del danneggiatore si elimina ed il danno non è più risarcibile (quod qui ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire : v. D. 50. 17. 203) [Questo principio non può, tuttavia, dirsi unanime ed è stato, in questi ultimi tempi, completamente abbandonato dalla stessa giurisprudenza: v., per una critica di esso, Cozzi, La responsabilità civile per donni da cose, Padova, 1935, 255 s.]; 2) se col fatto colposo del danneggiante ha concorso alla produzione del danno il fatto colposo (di intensità eguale o diversa) del danneggiato, la responsabilità del danneggiatore sussiste, il danno è risarcibile, ma il risarcimento è ridotto arbitrio iudicis in proporzione della colpa del danneggiato (v. Cass. 13.7. 1934, in Giurisprudenza comparata di diritto civile IV [Roma, 1939], p. 232, con Osservazioni del De Martino; Cass. 6. 12. 1935, FiRep 1935, 1702, 63; App. Napeli 6. 5. 1935, cod. 1703, 65; App. Brescia 23. 1. 1935, eod. 1703, 66; App. Cagliari 19. 6. 1935, eod. 1703, 70; Cass. 29. 1. 1936, FiRep 1936, 1552, 36; App. Bologna 18, 9, 1936, eod. 1552, 37; App. Milano 3, 12, 1936, eod. 1552, 38; App. Milano 16. 10. 1936, eod. 1552, 39; App. Caltanissetta 16. 12. 1936, eod. 1552, 40; Cass. 12. 1. 1937, FIRep 1937, 1654. 60-61; Cass 40. 6, 1937, eod. 1654. 62; Cass. 30. 7. 1937, eod. 1654. 63; Cass. 10. 12. 1937, eod. 1654, 64; Cass. 14. 7. 1937, cod. 1654, 65; App. Trieste 24. 5. 1937, cod. 1654, 66; App. Bologna 3. 12. 1937, eod. 1654, 67; Bologna 10. 5. 1937, eod. 1654, 68-69; App. Milano 15. 1. 1937, eod. 1654, 70-71; App. Genova 6. 5. 1937, eod. 1655, 73-74; App. Torino 16. 11. 1938, FIRep 1938 1654, 80; App. Milano 27. 5. 1938, eod. 1654, 81; Cass. 9. 6. 1938, eod. 1655. 87).

L'imponenza dei consensi manifestati rispetto al principio in esame ha indotto il legislatore italiano a trasfonderlo in una esplicita norma del Progetto preliminare (steso dalla Commissione Reale per la riforma dei codici) del IV libro del codice civile, relativo alle obbligazioni e ai contratti: « Se il fatto del danneggiato ha concorso a cagionare il danno, l'obbligazione di risarcirlo è diminuita in proporzione di tale concorso a (art. 78). Per quanto sia certo che il nuovo articolo non verrà ad eliminare alcuna dubbiezza dottrinale e giurisprudenziale, pure non può dirsi che esso addiritra afonderà una porta aperta, che sia per essere, cioò, del tutto inutile. Il principio che esso enuncia sarà in avvenire non più il punto di arrivo, ma il punto di partenza della elaborazione giurisprudenziale, sì che può darsi che anche nel nostro diritto possano, in futuro, formarsi quelle ulteriori e più precise regole, che troviamo applicate nella decisione del RG 17. 6. 1938.

Per ora è giocoforza concludere che la giurisprudenza non ha posto massime ben determinate per i varî casi di concorso del fatto colposo del danneggiato, e quindi neanche per il caso che la negligenza del danneggiato siasi accompagnata al dolo del danneggiante. Che il giudice, nell'apprezzamento di merito che lo conduce alla determinazione della misura del risarcimento, tenga conto di elementi siffatti, è più che presumibile: tuttavia pare sia consuetudine, in Italia, di porre maggiermente in rilievo, nelle motivazioni, l'efficienza causale del fatto colposo del danneggiato, anzi che l'intensità della colpa del medesimo. In ogni caso, non è ammesso ricorso in cassazione contro i criteri adottati nella determinazione della misura del risarcimento, trattandosi di apprezzamento di puro merito (v. Cass. 22. 7. 1936, FIRep 1936, 1533, 46; Cass. 8. 3. 1937, FIRep 1937, 1655. 76). [Prof. A. Guarino].

170). RG 4. 2. 1938; JW 1938, 1246.

- Casa di salute Suicidio di un ricoverato Responsabilità del direttore.
- Krankenhaus Selbstmord eines Kranken Haftung des Leiters.
- Hospital Suicide of patient Liability of director.
- Hôpital Suicide d'un malade Responsabilité du directeur.

Ai fini della decisione, in merito alla questione se il direttore di una casa di salute sia responsabile delle conseguenze di un tentativo di suicidio commesso da un paziente, non deve essere assunto il criterio della vigilanza normalmente esercitata sui malati nelle case di salute, bensì quello della diligenza necessaria nei comuni rapporti sociali.

Bei der Beurteilung der Frage, ob der Eigentümer eines Krankenhauses für die Folgen des Selbstmordversuchs eines Patienten haftet, ist nicht die in Krankenhäusern übliche Sorgfalt, sondern die im Verkehr erforderliche Sorgfalt massgebend.

Anmerkung. – Haftung des Leiters eines Krankenhauses wegen des Selbstmordes einer Patientin. – § 276 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: « Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausseracht lässt... ».

Im verliegenden Fall wurde der Eigentümer eines Krankenhauses in Anspruch genommen, weil er nicht für genügende Nachtwache gesorgt habe. Eine Patientin hatte sich in krankhaftem Zustand aus dem Fenster des Krankenhauses gestürzt. Ihr Ehemann verlangt Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Der Eigentümer des Krankenhauses kann sich nicht darauf berufen, dass er die in Krankenhäusern übliche Sorgfalt beebachtet hat, der Schadensersatzanspruch besteht vielmehr zu Recht, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet ist. Was im Verkehr erforderlich ist, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles festgestellt werden. Im vorliegenden Falle haben die Gerichte festgestellt, dass die bestehende Nachtwache nicht genügt hatte und dass die erforderliche Sorgfalt somit nicht beachtet war.

ALTRE OSSERVAZIONI. – În tema di colpa professionale. – Una donna ammalata di nervi viene ricoverata in una casa di salute e, in un accesso particolarmente forte, cludendo la normale vigilanza del personale di sorveglianza, riesce a gettarsi dall'alto di una finestra, uccidendosi. Si domanda: deve il direttore della casa di salute essere tenuto responsabile per aver adoperato, nella sorveglianza dell'ammalata, la diligenza generica per la vigilanza nel suo istituto, anzichè la dili-

GERMANIA

genza specifica di un qualsivoglia individuo che si fosse trovato a dover aver cura di una neuropatica con tendenze suicide?

Il Reichsgericht si pronuncia giustamente nel senso della responsabilità del medico. È da opi-

nare, altresì, che in modo analogo avrebbero deciso le nostre Corti.

Per effetto della ricezione di un paziente in una casa di salute, sorge fra medico e paziente un rapporto obbligatorio, che importa a carico del medico l'obbligazione di avere ogni cura voluta dalla scienza per il malato. È logico pertanto che la diligenza del medico non deve essere quella normalmente usata da lui nella sua casa di salute, ma deve essere quella normalmene usata da qualsiasi medico verso quel determinato caso patologico (v., in proposito, App. Catanzaro. 24, 2, 1936, FIRep 1936, 1556, 94: « Perchè il professionista risponda di colpa, sotto il profilo dell'imperizia o della negligenza, devesi trattare della trascuranza di quelle norme elementari che il più modesto professionista non deve ignorare nè trascurare »). Se il medico usa di una minor diligenza, egli incorre, verificandosi il danno, nell'obbligo della prestazione dell'id quod interest, a titolo di responsabilità contrattuale, per effetto della sua culpa in non faciendo.

Nè vale al medico in colpa trincerarsi dietro il fragile paravento della sua discrezionalità tecnica. Egli non ha diritto alcuno ad esenzione del controllo sul modo con cui esercita la sua professione, sì che in materia deve pienamente ammettersi l'esercizio del sindacato giudiziario (v. App. Palermo

30. 7. 1937, FIRep. 1937, 1660, 154, 157) [Prof. A. Guarino].

171). RG 7. 3. 1938; JW 1938, 1391.

- Mutuo Modificazione sopravvenuta di modalità Novazione.
- Darlehn Aenderung der Bestimmungen Novation.
- LOAN CHANGE OF CONDITIONS NOVATION.
- PRÊT D'ARGENT MODIFICATION DES CONDITIONS NOVATION.

Se, posteriormente alla stipulazione, le parti mutino alcune modalità di un contratto di mutuo, non si ha per ciò solo, di regola, novazione.

Wenn einzelne Bestimmungen eines Darlehnsvertrages nachträglich geändert werden, so liegt trotzdem in der Regel keine Novation vor.

Anmerkung. – Ueber den Begriff der Novation. – Der Begriff der Novation entstammt dem römischen Recht. Er ist ins Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. An seine Stelle sind in den meisten Fällen andere Rechtsbegriffe getreten. Ein Personenwechsel auf der Gläubigerseite oder Schuldnerseite kann durch Übertragung der Forderung (§§ 398 folgende) oder Schuldübernahme (§§ 414 folgende) vollzogen werden. Eine inhaltliche Änderung des Schuldverhältnisses ist jederzeit durch formlosen Vertrag möglich (§ 305). Auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist denkbar, dass die Parteien eine Novation vereinbaren, das heisst, dass sie das alte Schuldverhältnis aufheben und ein neues an seine Stelle setzen. Dies hat dann zur Folge, dass die für die alte Schuld gegebenen Sicherheiten erlöschen. Die Novation ist jedoch heute etwas Ungewöhnliches und ist niemals zu vermuten. Wenn der Schuldner eine neue Verbindlichkeit eingeht, so ist vielmehr anzunehmen, dass er dies zur Erfüllung der alten Schuld tut (§ 364 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Im vorliegenden Fall war ein Darlehen in Schweizer Franken gegeben. Später wurde für die Darlehnsschuld eine Hypothek in Reichsmark, also in einer anderen Währung, bestellt. Das Reichsgericht stellt fest, dass kein wirtschaftlicher Anlass für eine Novation vorlag und hält es daher für wahrscheinlich, dass die urpsrüngliche Frankenschuld auch bei der Bestellung der Hypothek eine Frankenschuld geblieben ist.

ALTRE OSSERVAZIONI. – In tema di novazione tacita obbiettiva. – Contrariamente al diritto tedesco, il nostro diritto riconosce e disciplina unitariamente ed organicamente l'istituto della novazione (art. 1267-1278 cod. civ.; v. in dottrina, da ultimo, Martorana, La novazione in diritto civile italiano [Palermo, 1924]; Pellegrini, Novazione, in Nuovo Digesto Italiano).

Il caso esaminato dal Reichsgericht potrebbe generare la questione se siamo in tema di novazione obhiettiva tacita (sulla quale v. Andreoli, La novazione tacita obbiettiva [Roma, 1929]).

Trattasi, di fatti, della stipulazione di una garanzia ipotecaria in marchi, a tutela di un mutuo contratto in franchi svizzeri, la quale potrebbe far sorgere la domanda se il mutuo in franchi svizzeri sia stato novato in mutuo in marchi.

Giustamente la decisione del RG 7. 3. 1938 è negativa e non è a dubitare che analogo sarebbe

il giudizio dei nostri magistrati.

Un primo ostacolo contro l'ammissione del carattere di novazione nella fattispecie in esame deriva dall'art. 1269 cod. civ.: «La novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla ». Per quanto il « chiaramente » dell'articolo di legge non s'abbia ad intendere nel senso di « espressamente », certo è che l'atto specifico ha sempre da esprimere in maniera inequivocabile la volontà delle parti diretta alla novazione e principalmente la inconciliabilità fra la prima e la seconda obbligazione da esse assunte. Tutto ciò manca nel nostro caso, essendo l'obbligazione di garanzia, anche se stipulata in valuta diversa, conciliabilissima con l'obbligazione principale, la quale ne risulta sempre notevolmente rafforzata.

Un secondo ostacolo deriva dal concetto stesso di novazione obbiettiva, espresso nell'art. 1267 n. 1 cod. civ., per cui si ha novazione obbiettiva quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane estinto. Non basta (a prescindere dalla questione sull'animas novandi) il mutamento di un qualsiasi elemento, anche secondario, dell'obbligazione, perchè questa possa ritenersi estinta, ma occorre il mutamento di un elemento primario e fondamentale, quale può essere l'oggetto o la causa del negozio giurisprudenza e dot-

trina costantissime, che non mette neanche conto di citare) [Prof. A. Guarino].

L'Istinuo fialiano di Sandi Legislarioi, fondato nel 1925, cretto in ente merale con Ri detreto 29 novembra 1937, n. 2488 e regolate con legge 22 giugno 1939, n. 992, è un'associazione apolirica, avente per oggetto gli studi legalativi ed in particolare quelli di statistica, oconomia e storia applicate al diritto e, sopratuito, gli studi di Diritto Compergeo,

I son dell'Istituto hanno i segmenti diritti e obbligisi:

Socr organism, anche strameri (compresi Biblioteche ad Enti). Diritti : concessione gratuita dell' « Annuario di Diretto Comparato e di Studi Legislativi »: scoato del 10 % per le altre Riviste, Obblight; quota d'iscrizione Lire 20; quota anunale Lies 100.

Sont BENEMERTIN, anche stronieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diretti: concessione gratuiti di cutte le Riviste (meno il « Repertorio della Legislazione Mondiale »). Obblighi : quota

Per rutti i suci chbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimerme il desiderio scrivendo all Istituto, Roma, Ministero di Grania. e Guistinia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Isminio Isuliano di Siudi Legislativi, gegrindet im Jahre 1925, ausgestativi mit juristischer Persönlichkeit durch Kgi. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch das Geseix. vom 22. Juni 1939, Nr. 992, ist ein unpolitischer Versie, der zum Gegenstand gesetzgeberische Studien hat, insbesondere Studien über Statistik, Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf das Recht, und vor allem die Ruchtevergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nachstehende Rechte und Verpflichtungen:

ORDENTS CHE MITCLIEDER, 20ch Auslander (einschlieselich Bibliotheken und sonstige Auszalten). Rechte: kostenlose Lieferung des a Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetzgebungsstudien is ein Skoute von 10 % für die andern Zeitschriften. Verpflichtungen : Eintragungsgebühr 20 Liro; jährlicher Beitreg 100 Lira.

Ensurentenen, auch Ausländer (einschliesslich Bibliotheken und sonstige Austalten). Reents: kostenlose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausushme des a Repertoriums des Woltgesetzgebung). Varpflichtungen: jährlicher Beitrag 1000 Lire,

Die Portnepesen gehan stets zu Lusten der Mitglieder.

Autrege um Ernennung zum Mitglied eind zu nichten an das Istitute Imaene di Studi Legislamis, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

Anno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis, in abbonam, postale (4º Gruppe)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

GIURISPRUDENZA COMPARATA 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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

zionale della pubblica Amministrazione. Tutto ciò per i particolari effetti di cui agli artt. 4 e 5 della legge del 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Nè da una siffatta indagine potrebbe oggi dispensarsi il Supremo Collegio, versandosi appunto in uno di quei casi in cui la questione di competenza si identifica con quella di merito.

Senonchè l'indagine medesima è interdetta per un diverso ordine di considerazioni, desunte queste del cennato art. 18 della legge sulle opere pubbliche in rapporto alle particolarità di fatto del caso concreto, e che valgono a mantenere fermo il risultato finale della decisione accolta, col rigetto, pertanto, del mezzo di ricorso in esame.

Il cennato articolo, nel suo capoverso, formula tre ipotesi circa la destinazione di un'area stradale declassificata, e cioè: a) la classifica dell'area stessa come strada vicinale: b) l'alienazione ai frontisti; c) la vendita al maggior offerente.

Ora da questa disposizione è evidente che per decidere (agli effetti della dedotta illegittimità dell'atto amministrativo disponente la vendita dell'area declassificata a terzi ed a trattative private) se il frontista, ad esclusione di altri, possa vantare un vero e proprio diritto all'acquisto, o soltanto, come ha ritenuto il Consiglio di Stato un interesse legittimo, perciò stesso eschudente la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, occorre che si tratti di frontista.

Nella specie, invece, come si rileva dalle circostanze di fatto della sentenza impugnata, dalla confinazione in questa riportata, dagli atti di causa e dalla stessa fotografia della località esibita dal ricorrente nell'odierna udienza di discussione orale della causa (accertamenti di fatto ben consentiti allo stesso Supremo Collegio in tema di competenza) la proprietà Fichera non è adiacente all'area declassificata, ma fra la prima e quest'ultima intercede per una parte la via mulattiera Crocifisso e Calvario e, per altra parte, un casotto daziario, concesso anche in enfiteusi alla stessa Sig.ra Messina.

Esclusa pertanto nella Fichera la qualità di proprietario frontista, nessuna pretesa, qual che possa essere la natura di questa, può egli vantare all'acquisto dell'area, con ciò mancando altresì la base della dedotta illegittimità dell'atto amministrativo. E devesi respingere anche il secondo mezzo di ricorso.

Con tal mezzo si censura la sentenza, non solo perchè ha negato che il proprietario, il quale prospetti sulla via pubblica, possa conservare il diritto di veduta sulla stessa via divenuta privata per effetto di sdemanializzazione, ma anche perchè la sentenza stessa che pur aveva negato in fatto la esistenza di una servità di veduta, aveva finito senza plausibile ragione, per disporre la riparazione del muro di cinta della proprietà del Fichera e la sua sopra elevazione, così intercettando parte dell'orizzonte al proprietario e senza nemmeno accertare il presupposto della correlativa richiesta ex adverso, cioè quello di pericolo di rovina.

Notevole è l'errore di diritto in cui è incorso il Tribunale, in contrasto con la legge e con la interpretazione datane dal Supremo Collegio, giacche una volta aperte delle vedute sulla pubblica strada, in conformità alla destinazione di questa, tal diritto, legittimamente acquisito non può venir meno per la successiva sdemania-lizzazione della strada stessa e la vendita del relativo suolo al privato.

Notevole ancora è l'errore d'indagine seguito dallo stesso Tribunale, in quanto alla contestata servitù di veduta doveva essere esaminato, non in riguardo alla strada declassificata ma in rapporto, come si è detto sotto il primo mezzo al casotto della signora Messina, che si trovava a confinare con il muro di cinta della proprietà Fichera.

Tuttavia si regge ugualmente la decisione impugnata, che, infine, si è concretizzata nella affermazione che mancando nel fondo Fichera degli edifici o dei manofatti da cui potesse esercitarsi la veduta mancavano altresi le condizioni necessarie per la esistenza di una vera e propria servitù di veduta.

Cosicchè, negata in fatto la esistenza di una servitù di veduta, la causa non poteva che essere risolta, come ha praticato il Tribunale, se non sotto il profilo unico residuato in rapporto alla domanda attrice, e cioè il preteso diritto alla riparazione del muro di cinta del fondo Fichera ed al sopraelevamento di tal muro a norma degli artt. 559 e 560 Cod. Civ.

In base a tale articolo il Tribunale ha ordinato la riparazione di detto muro su l'implicito presupposto delle asserite lesioni, come l'attrice assumeva, senza essere contraddetta dal convenuto. Ha disposto ancora, la sopra elevazione di metri tre del muro, così riparato, come detta la legge.

Quest'ultima disposizione non fu diretta a togliere un diritto di veduta, che lo stesso Tribunale aveva negato di sussistere, ma alla esatta osservanza di una tassativa disposizione di legge, senza che fosse impugnata la ricorrenza degli estremi di fatto da essa richiesti, comunque insindacabilmente accertati dai Giudici del merito.

Per questi motivi rigetta, ecc.

OSSERVAZIONI. – In tema di declassificazione di una strada comunale. – Impeccabili appaiono le due massime enunciate dalla Cass. 15 luglio 1938, che si rifanno ad una lunga conformità dottrinale e giurisprudenziale.

La Corte ha opportunamente lasciato impregiudicato il problema – di carattere non essenziale ai fini della risoluzione della fattispecie esaminata – se la pretesa del frontista all'acquisto dell'area risultante dalla declassificazione di una strada comunale sia da considerarsi come vero diritto o piuttosto come interesse legittimo. Può ricordarsi, in ogni caso, che la più recente tendenza giurisprudenziale è nel senso di considerare la pretesa del frontista come un puro interesse legittimo: v. Cons. Stato 22. 4. 1936, FIRep 1936, voce Strade n. 12; App. Milano 30. 4. 1937, FIRep. 1937 cod. n. 42; Cass. 7. 6. 1938, MassFI 1938. 403).

Che il frontista non abbia alcuna pretesa all'acquisto dell'area risultante dalla declassificazione della strada comunale, è massima ormai consolidata da buona giurisprudenza. Interessante, in proposito, è la sent. Cass. 28 maggio 1930 (FI 1930. 1. 1114 segg.), la quale ha chiaramente messo in luce quanto segue: 1) che i frontisti non hanno alcun diritto uti singuli sulla strada pubblica è che pertanto non hanno neanche diritto ad essere indennizzati per la sua soppressione da parte dell'autorità amministrativa, a meno che con la soppressione venga meno ogni accesso ai loro fabbricati; 2) che, sopprimendosi una strada comunale e procedendosi alla alienazione del suolo stradale a trattativa privata a favore dei proprietari frontisti, è rimesso al criterio discrezionale della autorità comunale di stabilire se la vendita debba essere fatta ad uno, a più o a tutti i proprietari frontisti. (V. anche Cass. Roma 23. 1. 1913, FIRep. 1913, v. Strade n. 24). La estrema chiarezza di questo ragionamento della Suprema Corte, ripreso nella motivazione della sentenza in esame, ci dispensa da ogni ulteriore commento (in dottrina, v. da ultimo Piccardo, Sclassificazione delle strade comunali, Riv. Beni pubblici, 1935. 769; Resta, Sulla destinazione delle aree risultanti da declassificazione di strade comunali, edu., 1938., 493).

Che la servitù di veduta su una pubblica strada, costituita in conformità alla destinazione di questa, non possa venir meno per la successiva sdemanializzazione della strada stessa, è una massima che rappresenta una rigorosa applicazione dei principi dianzi chiariti: v. in senso conforme, da ultimo, Cass. 16. 4. 1937 (FIRep. 1937, voce Servità, n. 118).

Sui problemi connessi alla formazione, alle modificazioni ed alla cessazione della demanialità, cfr. il classico scritto del Ranelletti, Della formazione e della cessazione della demanialità, GI 1889. 4. 1 segg., e, da ultimo, Guicciardi, Il demanio [Padova, 1934] 161, segg. Tutta la materia della demanialità è stata affrontata, in sede di progetto, con grande ampiezza di vedute dal legislatore fascista, il quale si ripromette di presentarci tra breve, nel libro secondo del codice civile, un regolamento di massima molto interessante « delle cose di proprietà pubblica e di quelle di proprietà privata dello Stato e degli altri enti pubblici » (v. Commissione Reale per la riforma dei codici, Codice civile – Secondo libro – Cose e diritti reali, progetto e relazione, titolo I, capo II, art. 11-17). [Prof. Antonio Guarino, della R. Università di Napoli].

- 181), Cass. 30. 6. 1939; Soc. immobiliare Briantea c. Zaccaria; FI 1939, I, 1382.
- Accessione Acque immesse in un canale altrui.
- Zuwachs Zuführung von Wasser in eine fremde Leitungsrinne.

L'Imitato Italiano di Scudi Legislavici, fondato nel 1925, eretto in onte morale con R. decreto 29 novembre 1987; n. 2888 e regolate con legge 22 giugno 1989, n. 992, è un'associazione apolitios, avente per oggetto gli studi legislativi ed in particolare quelli di statistica, economia e storia applicate al divitto e, sopratetto, gli studi di Divitto Composato.

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

Sour Grouvani, unche stranteri (compresi Bibboteche ed Enti) Diridi; concessione gratuita dell' « Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legaslativi»; sconto del 10 % per le altre Riviste Obblight, quota d'iscrenone Lire 20, quota somuale Erre 100.

Soci Benementi, anche stranieri (compresi Biblioteche ed Enti). Diriti: concessione gratuna di tutte le Riviste (meno il « Repertorio della Legislanione Mundiale »). Obblighi : quota

Per tutti i seci obbligo del rimborso delle spese postali.

Per la nomina a socio, esprimerne il desiderio surivendo all'Istrinto, Roma, Ministero di Grezia s Giustizia.

AUSZUG AUS DER SATZUNG DES INSTITUTS

Das Istimas Italians di Studi Legislatiri, gegrandet un Jahre 1925, ausgestattet mit juristischer Personlichkeit durch Kgl. Erlass vom 29. November 1937, Nr. 2488, und geregelt durch das Gesetz vom 22. Juni 1989, Nr. 992, ist ein unpolitischer Verein, der zum Gegenstand gesotzgeberische Studien hat, inshesondere Studien über Statistik. Wirtschaft und Geschichte in ihrer Anwendung auf das Recht, und vor allem die Rechtsvergleichung.

Die Mitglieder des Instituts haben nuchstehende Rechte und Verpflichtungen:

Cangarrague Mercarenes, anch Auslander einschliesslich Bibliotheken und sonstige Austalten), Enchie: kostenfost Lieferung des Jahrbuchs für Rechtsvergleichung und Gesetzgebungsstudien s, ein Skonto von 10 % für die andern Zestschriften. Verpflichtungen : Eintragungsgebühr 20 Lire; jöhrlither Beitrag 100 Lire:

Essenmurguspen, such Ausläuder (einschlieselich Bebliebeken und sonstage Ausrelten). Rechiu: Losteniose Lieferung aller Zeitschriften (mit Ausmahme des «Repertoriums der Weltgesetsgebung i). Verpflichtungen; jährlicher Beitrag 1000 Lire.

Die Pertospesen gehen stets zu Lacten der Mitglieder.

Autrage um Rimennung zum Mitglied sind zu richten an des Isanuto Italiano di Studi Legislasivi, Roma, Ministero di Grazia e Giustizia.

Auno VI - pubbl. il 15-3-1941-XIX

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis, in abbanam. postale (48 Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

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 DARSTELLUNG

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN MATIÈRE DE DROIT CIVIL



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI ROMA - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1941-XIX

ITALIA

DIRITTI REALI *

Sachenrecht - Property law - Droits réels.

ANNI 1938-1939

177). Cass. 6. 6. 1938; Rossi c. Uccelli; FI 1938, 1, 1556.

- DISTANZE RADICI RAMI O SIEPI AUTOTUTELA INAMMISSIBILITÀ (cod. civ. art. 581 s.).
- Entfernungen Wurzeln Zweige oder Sträucher Selbesthilfe Unzulässickeit.
- DISTANCES ROOTS BRANCHES OR HEDGES SELF-HELP INADMISSIBILITY.
- Distances Racines Branches ou arbustes Droit de couper soi-même -Inadmissibilité.

Il vicino può tagliare le radici, che si addentrino nel suo fondo, a norma degli artt. 581 e 582 cod. civ., ma non i rami degli alberi, che si protendano nel suo fondo, né le siepi piantate o nate a distanza minore dalla legale: può solo costringere il vicino a tagliare i rami o le siepi ed a rispettare le distanze legali.

La Corte, ecc. — Con il primo mezzo il ricorrente si duole che l'interpretazione data dai giudici di appello alla precedente loro sentenza interlocutoria sia affetta da vizio logico e violi quindi il giudicato formatosi con detta precedente sentenza.

La censura è però insussistente. L'azione promossa contro il ricorrente non era una vera e propria rivendicazione, dato che egli non era in possesso di alcuna zona di terreno di spettanza del resistente, ma una semplice azione di accertamento del diritto di proprietà del resistente, che altre volte è stata ritenuta ammissibile da questa Corte (da ultimo sentenza 2703, 3 luglio 1934, Del Ferrasso c. Ricci, Foro it., Rep. 1934, voce Proprietà, n. 5), congiunta con un'azione per risarcimento dei danni da lui subiti a seguito degli atti compiuti dal ricorrente sulla siepe esistente sul confine tra i fondi delle parti in causa. In fatti l'art. 568 cod. civ. detta la presunzione di comunione di ogni siepe tra due fondi, eccetto che un solo fondo sia cinto o vi sia termine di confine o prova in contrario, e nella siepe il ricorrente avea compiuto atti, che potevano far presumere una comunione da parte sua sulla siepe. Il giudizio penale svoltosi su querela del resistente nei confronti del ricorrente per esercizio arbitrario delle proprie ragioni si era chiuso facendo la sentenza di assoluzione implicitamente richiamo alla presunzione dell'art. 568 cod. civile. Era quindi indispensabile al resistente il conseguimento di una pronuncia giudiziaria per vincere detta presunzione e conseguire il ristoro dei danni eventuali. Superata la presunzione con il riconoscimento del diritto di proprietà del resistente, espressamente avvenuto in corso di causa da parte del ricorrente, doveva ammettersi per i danni la prova diretta a dimostrare gli attentati commessi dal ricorrente al libero ed esclusivo godimento della siepe da parte del resistente. Fu ammessa pertanto, con sentenza interlocutoria passata in giudicato, prova nel senso che il ricorrente avesse effettivamente

tagliato la siepe, precisando in termini precisi che anche il taglio parziale avrebbe costituito atto dispositivo sulla siepe. Espletata la prova i giudici di appello si rifrutarono di prendere in esame l'assunto del ricorrente che al semplice potamento della siepe dovesse escludersi il carattere lesivo della proprietà del resistente, dato che la precedente sentenza aveva riconosciuto detto carattere anche al taglio parziale della siepe. Trattasi, come è evidente, di interpretazione di giudicato, che il ricorrente pretende sindacare sotto il profilo del vizio logico. Ma neppure per tal guisa la sentenza si presta a censura, perchè non è illogico interpretare la sentenza in armonia con precise disposizioni di legge. In forza degli artt. 581 e 582 cod. civ. il vicino può tagliare le radici che si addentrino nel suo fondo, ma non i rami degli alberi, che si protendono nel suo fondo nè le siepi piantate o nate a distanza minore della legale. Egli può solo costringere il vicino a tagliare detti rami e sieni ed a rispettare le distanze legali. Il nostro legislatore non ha accolto dal diritto romano l'interdictum de arboribus caedendis, che consentiva al vicino il taglio dei rami, ritenendosene

il legname. Egli considerò che la recisione fatta dal vicino spesso senza l'osservanza delle regole di arte, può riuscire dannosa al proprietario delle piante più che non possa produrre danno l'accesso sul fondo altrui da parte del proprietario predetto, obbligato comunque ai relativi eventuali danni.

Solo per togliere le radici, il cui sradicamento ha luogo quasi inconsapevolmente in occasione dei lavori di aratura, l'intervente del proprietario dell'albero sarebbe stato più difficile e gravoso e non è stato consentito. L'interpretazione della sentenza nel senso che costituisca atto illecito anche lo sfrondamento della siepe è quindi tutt'altro che illogica, perchè per le siepi il divieto di tagliare esiste e senza possibilità di distinzioni, ignote alla legge. Nè è illogica l'interpretazione che la sentenza interlocutoria abbia ammesso le prove del taglio, quando sin da allora era certo lo sfrondamento della siepe e non invece il taglio maggiore. Una più logica e precisa indagine appariva utile per un giudizio più completo. (Omissis).

Per questi motivi, rigetta, ecc.

OSSERVAZIONI. – Inosservanza delle norme di legge sulle distanze per gli alberi. –

1. La sentenza della Cassazione deve approvarsi. La decisione è, in sè, impeccabile ed è ovviamente imposta dalla semplice lettura dell'art. 582 cod. civ. Quanto alla motivazione, essa corrisponde a quella adottata, da ultimo, nella sentenza Cass. 5 settembre 1925 (FI 1926. 1. 139), nè può dar luogo a rilievi, se non forse per quanto riguarda la eccessiva recisione della frase usata dal relatore, per cui «il nostro legislatore non ha accolto dal diritto romano l'interdictum de arboribus caedendis, che consentiva al vicino il taglio dei rami, ritenendosene il legname »; ma di ciò in seguito (v. n. 3).

Può sorprendere, e sorprende infatti, che liti ancora si accendano - al giorno d'oggi, a più di settanta anni di distanza dall'entrata in vigore del Codice Vacca - sel punto se l'art. 582 cod. civ. dia facoltà al vicino di recidere, non pur le radici, ma anche i rami degli alberi che eventualmente si protendano sul suo fondo. Pure, la lettera della legge è ben chiara. « Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino - dispone l'articolo 582 - può costringerlo a tagliarli, e può egli stesso tagliare le radici che si addentrino nel suo fondo, salvi però in ambedue i casi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi ». Come di leggieri si vede, le fattispecie considerate dal legislatore sono due, e ben distinte l'una dall'altra: alla prima (costituita dal fatto che i rami degli alberi si protendono sul fondo vicino) corrisponde la statuizione giuridica, per cui il vicino può costringere il proprietario dei rami ad effettuarne il taglio; alla seconda (costituita dall'addentrarsi delle radici nel fondo vicino) corrisponde una statuizione diversa e più complessa, per cui il vicino ha la scelta fra il recidere egli stesso le radici e il costringere alla recisione il proprietario degli alberi. Se la norma giuridica è costituita da una fattispecie più una statuizione giuridica ad essa relativa, è evidente che nell'art. 582 cod. civ. le norme giuridiche sono due, chiaramente differenziate in base alle fattispecie ed alle statuizioni; ed alla diversità delle fattispeie, come criterio distintivo fra l'una e l'altra norma, allude palesemente l'art. 582 quanto dice che «in ambedue i casi » sono fatti salvi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi.

^{*} La presente rassegna è stata redatta dal prof. FRANCESCO DE MARTINO dell'Università di Messina.

ITALIA

Circa l'utilità della statuizione alternativa disposta in ordine alla seconda fatti-

specie, diremo che essa è alquanto discutibile.

Il legislatore del 1865, ritenendo esagerato il principio dell'interdictum de arboribus caedendis in ordine alla ipotesi dei rami d'albero ed introducendo pertanto la statuizione più mite, per cui il vicino può solamente chiedere al proprietario dell'albero il taglio dei rami, ha creduto opportuno di ammettere la seconda statuizione, in via alternativa con quella tradizionale, anche in ordine alla ipotesi delle radici. Ora tutto ciò rappresenta, sì, un vantaggio pratico, in quanto che il proprietario del fondo cui le radici portano pregindizio potrebbe anche ritenere gravoso il doverle egli stesso estirpare. Ma non è chi non veda che l'id quod plerumque accidit è ben diverso; nella più parte dei casi è il naturale lavoro di coltura del fondo (aratura, semina, ecc.), che induce il proprietario di esso ad estirpare senz'altro (nè la fatica è poi grande) le radici intruse. D'altra parte, la lesione notevole del principio di economia dei mezzi giuridici, che dovrebbe presiedere ad ogni legislazione, è tale da far addirittura passare in ultimo piano la eventuale e lievissima utilità pratica che la statuizione alternativa dell'art. 582 può apportare al proprietario del fondo danneggiato: o bisognava estendere senz'altro alla ipotesi delle radici la statuizione, pura e semplice, relativa alla fattispecie dei rami, o, piuttosto, valeva la pena, in ordine alla prima ipotesi, di lasciar pieno ed esclusivo vigore, alla statuizione tradizionale. Nè si obbietti a queste considerazioni che è punto fermo della tecnica legislativa che l'introduzione di una statuizione più mite in ordine ad una determinata ipotesi impone l'estensione della medesima statuizione, alternativamente con quella più rigorosa, in ordine ad una fattispecie analoga, dalla quale la prima, per virtù del nuovo regolamento legislativo, si è venuta a distaccare. Vero è, invece, che la ratio degli artt. 581-582 cod. civ. è quella di favorire il proprietario del fondo cui il protendersi dei rami o delle radici degli alberi di un fondo vicino, pur piantati a distanza regolare, rechi pregiudizio: di modo che (a meno che non si invochi l'evanescente utilità pratica, contraria all'id quod plerumque accidit, di cui si è parlato dianzi) non paiono esservi serie ragioni per complicare inutilmente il regolamento normativo della fattispecie delle radici.

Le critiche sin qui esposte avrebbero un valore molto relativo, se non fosse in atto, in questi anni, la riforma del codice civile. È appunto in vista del ius condendum, che un sereno e succinto riesame della tradizione e del materiale comparativo si impone, al fine di determinare se, per avventura, non vi siano motivi che inducano ad immutare il

sistema degli artt. 581-582 cod. civ.

3. - Non vale soffermarsi sul sistema romano più di quanto sia strettamente necessario ai fini della presente nota (v. amplius in argomento Bonfante, Corso di dir. rom., II, 1, 281 s.; Arangio Ruiz, Istituzioni di diritto romano, 224 s.; da ultimo, con vaste considerazioni; Biondi, La categoria romana delle servità, in Pubblicaz. Univ. Cattolica S. II. LX, 173 ss.). Basti dire, che a tutela della proprietà in ordine alle eventuali turbative determinate dalla vicinanza dei fondi, il diritto romano classico conobbe due mezzi giuridici caratteristici: l'interdictum de arboribus caedendis e l'interdictum de glande

legenda (cfr. D. 48. 27, D. 48. 28).

L'interdictum de arboribus caedendis trovava applicazioni in due distinte fattispecie: 1) quando gli alberi di un fondo sporgessero sul fondo vicino, con i loro rami, ad un'altezza inferiore ai quindici piedi; 2) quando gli alberi piantati (secondo le costumanze dei tempi) in un giardino pensile sporgessero sull'edificio inferiore. Nel primo caso il vicino aveva diritto di accedere nella proprietà altrui tagliando i rami bassi, nel secondo caso egli poteva addirittura recidere l'albero; nell'uno e nell'altro caso era in facoltà del vicino di appropriarsi del legname di risulta. L'interdictum de glande legenda proteggeva invece il proprietario dell'albero fruttifero i cui rami si protendessero su un fondo vicino: era ammesso il diritto in costui di accedere, tertio quoque die (ogni due giorni ?) nel fondo vicino per raccogliere i frutti caduti dai rami del suo albero. La caratteristica della protezione interdittale era, come è noto, almeno in diritto classico, la seguente: con l'interdictum il pretore vietava – al proprietario dell'albero o al proprietario del fondo – di opporsi a che il vicino recidesse i rami (o il tronco) del suo albero, o rispettivamente a che il vicino accedesse nel suo fondo per raccogliere i frutti ivi caduti. Il vicino non vantava, dunque, un vero e proprio diritto sostanziale, ma questo gli veniva di riflesso dalla protezione interdittale del suo agire: egli procedeva, per così dire, protetto dal fuoco di copertura dell'interdictum, che sbarrava il passo al proprietario dell'albero, o rispettivamente del fondo e soltanto se quest'ultimo, a tutto suo rischio e pericolo, decideva di passare al contrattacco (il che verificavasi resistendo alla intimazione del pretore, in modo da provocare la chiamata in ius da parte del vicino) si accendeva una vera e propria lite, nella forma del cosiddetto procedimento cum poena.

Il sistema ora descritto di mantenere praticamente invariato - salvo il decadere della procedura interdittale nell'epoca postclassica e giustinianea - per tutto il corso del diritto romano. Ma in prosieguo, specialmente per influsso della tradizione affermatasi nel diritto comune francese, se ne venne creando un altro, trasfuso sia nel Codice Napoleone che nei codici italiani preunitari (v. le citazioni in Ferrini-Pulvirenti, Servitù prediali, II, n. 429, in Trattato di diritto civile del FIORE), e ad esso vediamo che ha fatto capo il legislatore

del 1865.

L'art. 673 cod. Napoleone, modificato dalla legge 12 febbraio 1921, introdusse appunto nella legislazione europea la diversità di trattamento fra i rami e le radici, ammetteado, per il caso di immissione dei primi sul fondo altrui, unicamente il diritto del vicino a costringere il proprietario dell'albero alla recisione dei rami. In ciò esso è stato pedissequamente seguito dal codice spagnuolo (art. 592), dal codice brasiliano (art. 558) e dal codice messicano (art. 848), oltre che - come è chiaro di per sè stesso, sol che lo si esamini per un momento - dal codice italiano (art. 582). Ma il sistema del codice francese è un ibrido, che tenta di fondere in sè il principio nuovo (valevole per i rami e, alternativamente col vecchio, per le radici) e il principio vecchio (valevole, alternativamente col nuovo, per le radici). Înesatta è, dunque, tanto l'affermazione della sent. Cass. 6 giugno 1938, per cui « il nostro legislatore non ha accolto dal diritto romano l'interdictum de arboribus caedendis », quanto quella del relatore sul titolo II (« Della proprietà ») del progetto preliminare del secondo libro del nuovo codice civile, per cui la disposizione dell'art. 582 cod. civ. « trova riscontro nell'interdictum de arboribus caedendis del diritto romano » (v. Relaz. DE RUGGIERO sul tit. II p. 45 s.). Il sistema romano è stato in parte, solo in parte, sovvertito dal codice Napoleone ed il nuovo regolamento è tanto più illogico nel diritto italiano, in quanto che manca nel nostro codice una norma analoga all'interdictum de glande legenda (v. invece cod. Napoleone art. 673, cod. svizzero art. 687, cod. germanico art. 971), per modo che è da ritenere che i frutti caduti dai rami, che il vicino tollera si protendono sul suo fondo, spettino non al proprietario dell'albero, sibbene al vicino. La mancanza di una norma che sancisce esplicitamente la imprescrittibilità del diritto alla recisione dei rami e radici (come è invece nel codice francese, art. 673) aumenta l'incongruenza e la lacunosità del sistema italiano.

La diversità di trattamento fra rami e radici è accolta dal codice civile tedesco, ma in una maniera molto più congrua. Stabilisce infatti il § 910 del BGB: « Il proprietario di un fondo può tagliare e tenersi le radici di un albero o di un arbusto penetrato nel suo fondo da un fondo contiguo. Lo stesso vale dei rami sporgenti, se il proprietario ha stabilito al possessore del fondo vicino un termine adeguato per toglierli ed essi non sono stati tolti entro il termine ». Si tratta dunque di vera diversità di trattamento: per le radici vige il principio romano dell'interdictum de arboribus caedendis, mentre per i rami vige il principio del reclamo e, subordinatamente all'inosservanza del termine stabilito per la recisione, si ritorna al principio romano. Le critiche mosse dianzi al trattamento riservato dall'articolo 582 cod. civ. per le radici non possono ripetersi qui, in ordine ai rami: e ciò perchè, principalmente, non è data al vicino, relativamente ai rami, la scelta fra due mezzi giuridici, ma gli è tracciata nettamente la via da seguire per la tutela dei propri interessi.

Il sistema tedesco si rivela, in conclusione, molto più limpido e logico di quello italofrancese. Esso si rivela, d'altro canto, anche molto più pratico di quello adottato, in un cccesso di rispetto al diritto del proprietario dell'albero, dall'art. 687 cod. civ. svizzero, che così stabilisce: « Il vicino può tagliare ed appropriarsi i rami sporgenti e le radici penetranti, quando danneggino la sua proprietà e dietro reclamo non siano tolti entro un termine conveniente ». Non è chi non veda come l'impedire al proprietario del fondo di estirpare le radici e l'imporgli, anche per questo caso, di sporgere reclamo, sol perchè non si vuole attentare troppo rudemente al diritto del proprietario dell'albero di mantenere la proprietà delle radici, qualora le estirpi egli stesso, significa giungere ad un eccesso, che è nettamente da riprovare.

4. – Veniamo ora, nei limiti dell'argomento di questa nota, ad un breve esame dei problemi che si pongono al legislatore fascista per la codificazione civile che egli va attuando.

Il progetto preliminare del libro II del codice civile, redatto dalla Commissione Reale per la riforma dei codici (Presidente Mariano D'Amelio, Segretario generale Antonio Azara, relatore per il titolo II Roberto de Rucciero: cfr. Codice civile – Secondo libro – Cose e diritti reali, Progetto e relazione [Roma, 1937]) ha disposto, nel titolo sulla proprietà (titolo II), un capo (capo IV) intitolato « Dei limiti della proprietà fondiaria e del diritto di vicinato »: di questo capo, la sez. II è relativa appunto alle costruzioni, piantagioni, scavi e alle distanze relative (1). Tali norme, ed in ispecie quelle circa le distanze per gli alberi, non sono tuttavia, almeno a mio parere, fra le più felici.

Arbitrario ed illogico è, certamente, l'art. 63, il quale, in tema di distanze, vuol sostituire al noto criterio dell'art. 579 cod. civ. - che determina distanze diverse (tre metri, un metro e mezzo, mezzo metro) a seconda che gli alberi siano di alto, medio o basso fusto un criterio nuovo e solo apparentemente più preciso. Dice, dunque, l'art. 63 che, qualora norme sulle distanze per gli alberi manchino nei regolamenti locali, si osservano le seguenti distanze dal confine: 1) di metri tre per gli alberi che superino l'altezza di metri tre; 2) di un metro e mezzo per quelli che non superino l'altezza di metri tre; 3) di mezzo metro per quelli che non superino l'altezza di metri due. Ma il sistema è illogico e malamente ricalca quello del diritto francese, nel quale la legge 20 agosto 1881, modificando l'art. 671 cod. Napoleone (donde era derivato il nostro art. 579) parla di una distanza di due metri per gli alberi alti più di due metri e di mezzo metro per ogni altra pianta (v. anche, sostanzialmente conformi, gli artt. 591 del codice spagnuolo e 846 del codice messicano). Nel sistema francese vi è infatti una sola alternativa circa la distanza per le piantagioni, sicchè appare molto improbabile l'errore, il quale porti - putacaso - colui che ha piantato a cinquanta centimetri dal confine un albero, prevedibilmente non superiore a due metri nel suo periodo di massima crescenza, a dover essere, in caso di smentita alle sue previsioni, il Procuste dell'albero stesso. Invece nel sistema auspicato dal Progetto preliminare il fenomeno diverrebbe frequentissimo e diverrebbe cosa di tutti i giorni la controversia fra il vicino che pretendesse l'abbattimento o lo spostamento dell'albero e il proprietario che, tradito dalla natura nei suoi calcoli, si appoggiasse all'argomento che l'articolo 63 non è relativo ad altezze concrete, ma a « tipi » di albero, che normalmente sono superiori o inferiori ai tre metri, oppure inferiori ai due metri di altezza. Perchè, in fondo, il sistema nuovo del progetto si riduce ad essere una formulazione imperfetta (e quindi fomentatrice di ancor maggior numero di controversie, di quante non se ne siano sin qui avute) della stessa distinzione fra alberi di alto, medio e basso fusto, posta dall'art. 579 cod. civ. (2).

Ma sorvoliamo pure su questo punto preliminare e veniamo ad esaminare, de iure condendo, il caso che alberi piantati a distanza regolamentare (o, naturalmente, piantati a distanza minore, se si sia acquistato il diritto di conservarli a tale distanza) sporgano coi propri rami sul fondo vicino o immettano nell'humus di questo le proprie radici.

In merito a queste ipotesi, il progetto preliminare si è limitato a perfezionare, almeno in apparenza, la norma dell'art. 582 cod. civ. e a far tornare in vita il principio dell'interdictum de glande legenda, non riconosciuto dal vigente codice. Suona pertanto l'art. 67:

« Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino può costringerlo a tagliarli, e può egli stesso tagliare le radici che si addentrano nel suo fondo, salvi però in ambedue i casi i regolamenti e gli usi locali. Il diritto di tagliare le radici e di esigere il taglio dei rami protesi non è soggetto a prescrizione ». E dice, subito appresso, l'art. 68:

« I frutti caduti dai rami protesi sul fondo del vicino appartengono al proprietario dell'albero, che può richiederne al vicino la consegna e, se questi non vi si presti, accedere sul fondo per raccoglierli, salvo il risarcimento dei danni cagionati dall'accesso » (1).

Spiega il de Ruggiero, nella sua Relazione (p. 46 s.) che «la Commissione ha considerato che un danno, anche se minimo, è sempre cagionato dalle radici e dai rami che si protendono sul fondo altrui, perchè le prime ne assorbono i succhi nutritivi e ne occupano spazio, gli altri vi producono dell'ombra ed impediscono al vicino di piantare alberi propri » e che, d'altronde, «l'accertamento della effettiva e sensibile esistenza di un danno richiederebbe di solito una perizia, il cui costo finirebbe con l'assorbire il valore di numerosi raccolti dei rami protesi nei fondi altrui, e non poche sarebbero le questioni che sorgerebbero per la raecolta dei frutti, sia per quelli ancora pendenti, sia per quelli caduti sul fondo vicino ».

Ora, son proprio questi argomenti della Relazione a chiarirei le ragioni per cui non è opportuno aderire alla tesi del mantenimento dell'art. 582 cod. civ. I casi sono due: o il legislatore fascista condiziona – come nel codice tedesco – il reclamo del vicino allo accertamento di un danno al fondo di costui, ed ammette quindi che danno possa anche non derivare dal protendersi dei rami; oppure, ammesso (come è più verosimile) che un danno è procurato sempre, in ogni caso, non solo dalle radici, ma anche dai rami che si protendono sul fondo, ne consegue che il regolamento relativo ai rami deve essere analogo a quello relativo alle radici, che cioè il principio dell'interdictum de arboribus caedendis deve di nuovo applicarsi in pieno alla prima, oltre che alla seconda ipotesi.

Il richiamo degli usi locali, in generale (non più cioè con relazione esclusiva alla coltura degli ulivi), e la ripristinazione dell'interdictum de glande legenda non possono che corroborare questa nostra tesi. A prescindere dal fatto che – come giustamente osserva lo stesso de Rucgiero (Relaz. cit. p. 47) – della norma dell'art. 67 si presenterà raramente la possibilità di applicazione « perchè il contadino di solito si guarda bene dal piantare un albero fruttifero in modo che i rami di esso si protendano sul fondo vicino, per la facilità di sottrazione dei relativi frutti », va notato, da una parte, che il richiamo generale agli usi locali (e par che ve ne siano in abbondanza sul punto) smussa efficacemente quelle che possono sembrare le eccessive asperità di una norma del genere di quella da noi auspicata. D'altra parte, in confronto al ripristino dell'interdictum de glande legenda, appar quasi come un dovere di equità per il legislatore di conferire al vicino – che non voglia ammettere il protendersi dei rami di un albero altrui sul suo fondo – la reciproca facoltà di accedere, se del caso, nel fondo ove trovasi l'albero, per reciderne i rami, salvo il risarcimento dei dami cagionati dall'accesso.

Vi è, in dottrina, chi propone di battere una via nettamente contraria a quella da noi proposta. Ma non mi pare che un solido fondamento conforti la tesi opposta.

Da un punto di vista generale, propone il Grosso (Servità, configurazione dei fondi e interesse della produzione nella riforma del codice civile, Fl 1939. 4. estr. p. 11) che, « entro limiti ben stabiliti, che garantiscano la proprietà da un facile arbitrio », siano lasciati ad una prudente valutazione del giudice tutti i mezzi atti a migliorare la coltura e il valore dei fondi. Ma la proposta – indubbiamente ottima – non è applicabile al caso nostro, perchè, se pure il danno arrecato dall'immissione di rami e radici nel fondo altrui è un danno immancabile e reale, non trattasi peraltro di un pregiudizio di tale rilievo, da potersi dire

Nel testo dell'ultimo progetto (1940) questo titolo è stata mutato. Le norme in esame sono sotto la Sex. VI. L'art, 63 del recchio progetto corrisponde all'art, 30. (N. d. R.)

⁽²⁾ L'art, 80 dell'ultimo progetto è tornato al sistema antico della distinzione degli alberi di alto medio e basso fusto, con alcune varianti. (N. d. R.)

⁽¹⁾ Ora vedi l'art. 34, (N. d. R.).

ITALIA

che incida sulla possibilità di maggior sfruttamento dei fondi. Valgono, in una parola, pienamente, in questo caso, le considerazioni citate del DE RUGGIERO, per cui non pare nè opportuno nè economico postulare l'intervento del giudice.

In ordine specifico all'argomento di questa nota è da mettere in rilievo l'opinione del Barbero (Osservaz. sul prog. prel. dell'Università cattolica di Milano; riportate in Mini-STERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo [Roma 1938 1. 474 s., 481 s.). Questi accomuna nella critica l'art. 67 con l'art. 65 (art. 581 cod. civ.: alberi a distanza non legale) ed osserva che il diritto incondizionato fatto al vicino di esigere l'estirpazione degli alberi e siepi sorti a distanza non legale, così come di esigere il taglio dei rami che si protendano sul suo fondo, stride singolarmente con a la solenne proclamazione della funzione sociale della proprietà, fatta nell'art. 18 ». Senonchè, è da osservare in contrario: 1) che, come lo stesso Barbero (ivi p. 241) rileva, la norma dell'articole 18 è talmente antigiuridica ed infelice di formulazione, che essa non potrà non essere abbandonata in sede di definitiva codificazione(1); 2) che il diritto «incondizionato» concesso al vicino dagli artt. 65 e 67 non è punto incondizionato, perchè - trattandosi di un « diritto di esigere » l'estirpazione o il taglio - non è escluso per nulla il ricorso al giudice, nel caso che l'amputazione totale o parziale dell'albero sia ritenuta ingiusta dal proprietario di esso; 3) che - come lo ammette il Barbero (ivi, p. 474) - « resta sempre aperta la via all'art. 25, che fa divieto degli atti di emulazione »; 4) che, infine, è inopportuno equiparare la fattispecie dell'art. 65 a quella dell'art. 67. Il danno implicato dalle ipotesi, cui l'art. 67 si riferisce, è un danno immancabile, come abbiamo visto, ma è anche un danno economicamente così secondario, che non consiglia il costoso e macchinoso intervento della giustizia.

È auspicabile, in conclusione, che un riesame delle questioni connesse all'art. 582 cod. civ. possa portare il legislatore fascista a completare una riforma provvidamente iniziata. È auspicabile cioè che, accanto al ripristino dello interdictum de glande legenda del diritto romano, la codificazione civile nuova porti anche, sia in ordine alla ipotesi dei rami d'albero che a quella delle radici, la integrale restaurazione dell'interdictum de arboribus caedendis. [Prof. Antonio Guarino, della R. Università di Napoli].

178). Cass. 11. 5. 1938; Casalegni c. Nicco; SettCass 1938, 918; GTor 1938, 1389.

- Muro Comunione necessaria Contiguità Estremi (cod. civ. art. 556).
- Mauer Notwendige Gemeinschaft Aneinandergrenzen Voraussetzungen.
- Wall Necessary co-ownership Adjoining tenements Conditions.
- Mur Mitoyenneté nécessaire Contiguïté Conditions.

Due fondi non si possono considerare contigui, ai fini della comunione necessaria del muro, quando siano separati da una zona intermedia di proprietà comune.

Nè si possono ritenere contigui, quando siano separati da un fosso destinato a ricevere lo scolo delle acque dei detti fondi e degli altri superiori, anche se la proprietà dell'area in cui sia scavato il fosso appartenga per parti materialmente distinte a ciascuno dei proprietari laterali.

Da ciò deriva, che se uno dei proprietari abbia costruito un edificio a meno di un metro e mezzo dalla linea di confine, non possa l'altro acquistare la proprietà di tale spazio, per addossare il proprio edificio all'altro.

Diritto. - Col primo motivo si censura la sentenza denunziata per aver esclusa la comunione del fosso pro indiviso, e ritenuta l'esistenza di una servitù reciproca di scolo. La censura è fondata. La Corte di Torino ha ritenuto esattamente che agli effetti dell'art. 556 c. c. due fondi non si possano ritenere contigui, qualora siano se-

parati l'uno dall'altro da una zona intermedia di comune proprietà dei loro titolari, costituendo tale condominio una entità giuridica distinta. Ma ha certamente errato allorchè ha ritenuto che nella specie il fosso intermedio alle due proprietà dell'attore e del convenuto, pur essendo fosso di scolo delle medesime proprietà di quelle superiori, non dovesse considerarsi comune, in quanto era pacifico che apparteneva per giusta metà, e cioè sino alla sua linea mediana, al Nicco ed alla Casalegno, proprietari rispettivamente contermini, e si dovesse invece ritenere di appartenza esclusiva di ciascuno di loro, per le rispettive metà avente l'una sull'altra diritto alla servità di scolo delle acque che vi correvano. Questa concezione giuridica, attraverso la quale la Corte di merito è pervenuta alla affermazione della contiguità dei due fondi, lungo la linea del fosso, è assolutamente contraria alla legge.

Ben vero che la disciplina dei muri e fossi comuni è compresa, nel codice civile, nella sezione che tratta delle servitù stabilite dalla legge per l'utilità pubblica e privata. Ma è ben noto che tale sistemazione non rispecchia la realtà giuridica dei diversi istituti, giacche in termini generali, piuttosto che di servitù trattasi di limitazioni imposte dalla legge alla utilità privata per l'utilità anzidetta, e tra esse sono vere servitù soltanto quelle contenute negli articoli 542, 598, 606, 592, che si riferiscono rispettivamente alle servitù di presa di acqua e di acquedotto, di scarico coattivo e di passaggio necessario. La materia dei fossi comuni, al pari di quella dei muri ed edifici comuni appartiene invece alla disciplina del condominio.

Limitando ora l'esame alla materia del fosso, si deve anzitutto escludere che possa parlarsi di servitù.

L'utilità del fosso è rappresentata dallo scolo delle acque, ed essendo unica e comune ad entrambi i fondi laterali, ciascuno dovrebbe essere dominante e servente dell'altro, rispetto alla stessa utilità; concetto che sarebbe in assoluto contrasto con l'art. 531, che fa consistere la servitù nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario.

Per rimanere nel concetto della servitù bisognerebbe venire nel concetto assurdo che lo scolo nel fondo del Nicco si effettui sulla metà del fosso della Casalegno, e viceversa, laddove la realtà è che le acque dei loro fondi, e di quelli soprastanti formano un'unica massa, che scorre nel fosso di pertinenza dei contermini.

Non giova in contrario il richiamo, fatto dal controricorrente, dei precedenti giurisprudenziali di questo Supremo Collegio in materia di servitù reciproche o doppie ritenute ammissibili (sentenze 802 del 1932 c 761 del 1937); perchè si riferiscono ad utilità uguali, ma distinte (servitù altius non tollendi, costituite reciprocamente fra due costruzioni); mentre qui si tratterebbe di servitù unica ed inscindibile a vantaggio ed a carico di ciascun fondo.

E la giurisprudenza di questo Supremo Collelegio è precisamente nel senso che non può lo stesso fondo « in rapporto alla identica servitù » funzionare alternativamente da fondo dominante e da fondo servente (sentenza 19 dicembre 1931).

La Corte di Torino ha esclusa la comunione e ritenuta la contiguità tra i due fondi sul riflesso che l'area costituita dal fosso apparteneva per giusta metà, sino alla linea mediana, parte al Nicco e parte alla Casalegno. Ora si può anche ammettere che un'area non si possa ritenere in comunione tra due proprietari quanto sia ben precisata la linea divisoria delle rispettive quote, siechè hasti per distinguerlo apporre i termini divisibili. L'art. 441 del cod. civ., che contempla l'apposizione dei termini, ha come presupposto la proprietà esclusiva di ciascuno avente diritto.

Ma nella specie non si può prescindere dalla destinazione dell'arca ridotta a fosso; destinazione consistente nello scolo delle acque anzidette, giacchè essa rende forzosa la comunione, in considerazione del fatto che il fosso, ove fosse diviso cesserebbe di servire all'uso cui è destinato (art. 683 cod. civ.) e che il fosso è utile, se pur non necessario, alla coltura dei fondi, in quanto serve a dar scolo alle acque (art. 533), che altrimenti ristagnerebbero.

La proprietà esclusiva della propria quota è in antitesi colla proprietà in comune del fosso.

Negata la prima ed esclusa la servitù, la comunione resta ferma, e si deve escludere la proprietà esclusiva, per la ragione accennata, che verrebbe meno l'utilità agricola alla quale è destinato. Invero essa darebbe diritto di colmare il fosso sino alla linea mediana; e di dispensarsi dall'obbligo di contribuire alla sua manutenzione in tutta la sua estensione, e non nella sua metà di propria spettanza (art. 568 cod. civ.).

Il fosso sinchè rimane tale è dunque comune, perchè così è stabilito dalla legge. Il limite se così si può chiamare, imposto dalla stessa alla proprietà su di esso, per ragioni di utilità privata a tenore dell'art. 533 cod. civ. consiste per l'appunto in questo: che durante la destinazione che ha esso costituisce proprietà comune ai proprietari dei fondi contermini.

Da tali riflessi emerge chiaro che è profondamente errato il concetto, in base al quale la

⁽¹⁾ În effetti con gli art. 25 e 26 dell'ultimo progetto si sono sostituiti alla funzione sociale i limiti e gli obblighi derivanti dalla Carta del Lavoro e dell'ordinamento corporativo (N. d. R.).