

Abwendung von Gefahren dienen, die Folge des Erbschaftsantrittes, ohne Rücksicht darauf, ob eine dahingehende Willenskundgabe vorliegt oder nicht. Es genügt eine über Verwaltungs- und Schutzvorkehrungen hinausgehende Verfügung über Erbschaftsgut. Als subjektives Moment ist jedoch nach bewährter Lehre erforderlich, dass der handelnde Erbe sich der Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur Erbschaft bewusst ist. Einmischung in die Erbschaft mit der Folge des Erbschaftsantrittes (*gestio pro herede*) kann ihm nicht vorgehalten werden, wenn er die Sachen, über die er verfügte, gar nicht als solche der Erbschaft betrachtete: L. 87 D. de acquirenda vel omitenda hereditate (29, a); MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 244: *gestio pro suo*, d. h. in der Annahme, es handle sich um eigene Sachen, nicht um solche aus dem Nachlass; ESCHER, zu Art. 571 ZGB Bemerkung 10, und andere.

5. — Der frühere Anwalt des Beklagten irrte sich also, als er im Briefe vom 20. Juli 1942 von Erbenhandlungen seines Klienten sprach, durch die dieser die Erbschaft angetreten habe. Der Irrtum wurde denn auch berichtet, als die Klägerin Ansprüche als Zessionarin der Verlustscheinsforderung der geschiedenen Frau des Erblassers erhob, übrigens schon vorher stillschweigend durch Ausschlagung der Erbschaft unter Mitteilung an den Gegenanwalt. Indessen mag ungeprüft bleiben, ob jene Stellungnahme den Beklagten irgendwie zu binden vermöchte; denn die vorliegende Klage muss jedenfalls aus einem andern Grunde abgewiesen werden. Es steht ihr die Vereinbarung des Beklagten mit der Zedentin Frau Emilie Mooser entgegen...

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 27. April 1944 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

## V. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

Vgl. Nr. 35. — Voir n° 35.

## VI. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

36. Extrait de l'arrêt de la I<sup>e</sup> Section civile du 10 octobre 1944 dans la cause D<sup>r</sup> X c. Y.

#### *Responsabilité des fonctionnaires. Responsabilité du médecin.*

1. Lorsque le canton n'a pas fait usage de la faculté de régler la responsabilité de ses fonctionnaires pour le dommage qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (art. 61 CO), cette responsabilité est régie par les art. 41 et sv. CO. C'est le cas pour le chirurgien qui procède à une opération non pas en vertu d'un mandat privé, mais dans l'accomplissement de sa fonction publique de médecin d'un hôpital cantonal.
2. Le chirurgien a le devoir d'identifier l'organe qu'il va sacrifier. S'il se trompe et opère un autre organe, on peut présumer qu'il n'a pas pris les précautions voulues; il lui incombe alors d'établir que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute.

#### *Haftung des Arztes; Beamtenhaftung.*

1. Hat ein Kanton nicht Gebrauch gemacht von der Möglichkeit, Bestimmungen aufzustellen über die Verantwortlichkeit seiner Beamten für den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen (Art. 61 OR), so sind für die Haftung Art. 41 ff. OR massgebend. Dies ist der Fall für den Chirurgen, der eine Operation nicht auf Grund eines privatrechtlichen Auftrages vornimmt, sondern in Ausübung seiner öffentlichen Funktion als kantonaler Spitalarzt.
2. Der Chirurg ist verpflichtet, das Organ, das er zu entfernen beabsichtigt, genau zu identifizieren. Operiert er versehentlich ein anderes Organ, so ist zu vermuten, dass er nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Er trägt daher die Beweislast dafür, dass ihm sein Versehen mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles nicht zum Verschulden angerechnet werden könne.

*Responsabilità dei funzionari ; responsabilità del medico.*

1. Se un cantone non ha fatto uso della facoltà di disciplinare la responsabilità dei suoi funzionari pel danno che causano nell'esercizio della loro funzione (art. 61 CO), questa responsabilità è regolata dagli art. 41 e seg. CO. Così è quando un chirurgo procede ad un'operazione non in virtù d'un mandato privato, ma nell'esercizio della sua funzione pubblica di medico d'un'ospedale cantonale.
2. Il chirurgo ha il dovere d'identificare l'organo che intende eliminare. S'egli s'inganna ed opera un altro organo, si può presumere che non ha proceduto con la precauzione necessaria ; deve quindi provare che, date le speciali circostanze del caso, il suo sbaglio non gli può essere ascritto quale colpa.

1. — La demanderesse n'a pas conclu de contrat privé avec le défendeur. Elle s'est adressée à la Clinique chirurgicale de l'Hôpital de Genève et à ses médecins. Cinq d'entre eux se sont occupés de son cas, deux pour la première intervention, trois autres pour la seconde. Le règlement des services médicaux de l'hôpital, du 23 juillet 1943, interdit aux chefs de clinique adjoints et aux assistants internes de se faire une clientèle sous quelque forme que ce soit. Le défendeur n'a donc pas opéré la demanderesse en vertu d'un contrat de droit privé, mais dans l'accomplissement d'une fonction publique (art. 16 et sv. du règlement).

L'art. 61 CO autorise les cantons à régler en dérogation aux dispositions du code la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Le Canton de Genève n'a pas fait usage de cette faculté. Sa loi du 23 mai 1900 sur la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des communes ne règle pas la responsabilité des magistrats, fonctionnaires et employés envers les lésés ; elle ne renvoie même pas aux art. 41 et sv. CO, ce qui, d'après la jurisprudence, les rendrait applicables comme droit cantonal supplétif (RO 59 II 186).

La cause est donc régie par les dispositions du CO sur les actes illicites.

2. — La responsabilité étant ainsi réglée aux art. 41 et sv. CO, il incombait à la demanderesse d'établir l'exis-

tence d'une négligence ou imprudence imputable au défendeur et celle d'un dommage, ainsi que le lien de causalité entre la faute et le dommage.

a) La question primordiale est celle de l'artère ligaturée. La réponse de la Cour cantonale à cette question est catégorique : l'examen du dossier ne permet pas de douter que la carotide ait été ligaturée seule ou avec la thyroïdienne. Aussi, le défendeur, tout en persistant à contester avoir ligaturé la carotide, reconnaît qu'il doit s'incliner devant la constatation des juges du fait (art. 81 OJ).

b) Il y a donc eu méprise. Les juges d'appel y voient une faute imputable au défendeur. Les experts se bornent à parler d'un « fait très regrettable » qu'on « ne saurait qualifier d'emblée de faute professionnelle ». Ils n'excluent pas la faute.

S'agissant d'une question de droit, le juge apprécie librement la portée juridique de l'expertise, à la lumière des renseignements techniques fournis par l'homme de l'art (RO 61 II 111).

Il est de jurisprudence constante que le praticien n'engage pas sa responsabilité par le seul fait que, dans le diagnostic, dans le traitement ou dans l'opération, il commet une erreur. Il n'est en faute que si sa méprise provient d'un acte de légèreté ou de l'ignorance des choses qu'il aurait dû savoir, s'il néglige par exemple de prendre, en cours d'intervention ou de traitement, les précautions que les règles généralement connues et admises lui faisaient le devoir de prendre (RO 53 II 300, 62 II 274, 64 II 205).

Dans le domaine chirurgical, le juge doit se montrer particulièrement circonspect. La chirurgie comporte nécessairement une certaine hardiesse, une certaine acceptation du risque. L'opération est en soi un mal destiné à éviter un mal plus considérable. Condamner sans examen plus approfondi un chirurgien parce qu'il a décidé d'opérer alors que l'intervention ne s'imposait peut-être pas, ou parce qu'il a commis une erreur de technique opératoire, pourrait avoir pour conséquence d'empêcher les chirurgiens

giens d'intervenir dans les cas douteux, leur abstention pût-elle être fatale au patient. Le chirurgien doit jouir d'une grande liberté d'appréciation dans sa décision sur l'opportunité d'opérer et dans le choix de la technique opératoire. La même retenue du juge se justifie lorsque, au cours d'une opération, survient un accident en quelque sorte manuel. Chacun peut faire un faux mouvement ou un geste maladroit. La main du chirurgien n'est pas infail-  
lible, ni son œil. Il peut donc lui arriver que son scalpel glisse et atteigne un organe vital ou que quelque chose échappe à sa vue.

La situation est tout autre quand le dommage n'est pas la conséquence d'une méprise ou d'une maladresse excusables, parce qu'inhérentes à la faillibilité humaine, mais d'un manquement impardonnable aux règles de l'art (v. p. ex. RO 62 II 274). Aussi, lors de son intervention, le chirurgien est-il tenu de prendre toutes les précautions commandées par la technique opératoire et par les circonstances du cas pour réduire le plus possible les dangers de l'opération. On est en droit d'exiger de lui une attention particulière, puisque les suites d'une négligence peuvent être des plus graves (RO 18 p. 348 ; 30 II 304 ; 64 II 205).

c) Le défendeur est un praticien expérimenté et adroit, chef-adjoint d'une clinique chirurgicale universitaire. La demanderesse ne lui reproche pas d'ignorer les règles de son art et la technique de l'opération du goitre. En revanche, elle lui reproche, et avec raison, d'avoir ligaturé une artère sans être absolument sûr que c'était bien la thyroïdienne et elle seule. Dans une intervention sanglante, le chirurgien doit s'assurer que son scalpel atteint bien l'organe voulu et n'atteint que cet organe. Son souci primordial doit être de s'orienter dans le champ opératoire et dans la complexité des tissus et des vaisseaux, de trouver des repères lui permettant d'être certain d'avoir identifié l'organe à opérer. Si, au moment de procéder à l'ablation ou à la ligature, il n'a pas cette certitude, il doit s'arrêter et s'assurer qu'il ne se trompe pas, en vérifiant les repères

notés ou en en cherchant d'autres. Et si, néanmoins, il n'y parvient pas, il a le devoir de surseoir à l'opération, sauf peut-être dans des cas désespérés ne souffrant aucun délai, où il faut risquer le tout pour le tout. Ne pas considérer — sauf dans des circonstances exceptionnelles — comme une faute l'erreur d'orientation au cours d'une intervention ou, plus précisément, l'erreur d'identification de l'organe au moment où il est sacrifié serait diminuer outre mesure la responsabilité professionnelle du chirurgien. La personne qui se confie à lui doit pouvoir compter sur sa vigilance scrupuleuse et avoir l'assurance qu'il interviendra là où il faut intervenir et pas ailleurs.

En l'espèce, l'identification de l'artère thyroïdienne présentait sans doute quelque difficulté, mais il n'y avait rien d'exceptionnel ni d'anormal dans le cas de la demanderesse. Lors de la première intervention, le médecin « trouve facilement et lie la thyroïdienne inférieure droite ». L'opération du goitre est du reste très fréquente. Le Dr de Quervain, dans son ouvrage sur « Le goitre » produit par le défendeur, range la ligature de l'artère thyroïdienne inférieure parmi « les ligatures profondes les plus faciles qui soient » (p. 122). Si donc, comme cela est acquis au débat, le chirurgien se trompe et lie la carotide, à savoir une artère essentielle de la tête, on peut en inférer qu'il n'a pas pris les précautions voulues pour identifier l'artère à ligaturer. Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace et la présomption de négligence qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute.

Or le défendeur n'a pas réussi à se disculper. L'intervention n'offrait pas de difficultés ni de complications spéciales. Il s'agissait d'une opération courante. Le chirurgien a opéré en quatorze minutes, après avoir fait une incision de 4 cm. seulement, dit la Cour cantonale. Ni l'une, ni l'autre de ces circonstances, à la vérité, n'implique en soi une faute. Mais, vu l'erreur commise, elles permettent, dans le cas

particulier, d'en déduire qu'avant de ligaturer l'artère qu'il croyait être la thyroïdienne le défendeur n'a pas fait le nécessaire pour s'assurer qu'il en était bien ainsi. Il aurait pu à cet effet prolonger l'incision et agrandir de la sorte le champ opératoire et, par là même, celui de ses investigations ; il aurait pu aussi recommencer son orientation, quitte à faire durer l'opération quelques minutes de plus (la première intervention a pris, sans inconvénient, trente minutes). Et cette précaution eût été d'autant plus justifiée que, selon les experts, le corpuscule de Chassaignac était un « repère très peu sûr ».

Les experts déclarent que l'artère réclinée par l'écarteur peut, dans certains cas, glisser sous cet instrument tenu par l'assistant sans que celui-ci s'en aperçoive ; mais on ignore si cette hypothèse est réalisée en l'espèce, et le serait-elle que la responsabilité du chirurgien ne s'en trouverait guère atténuée. Car le risque de pareil accident rend d'autant plus indispensable pour l'opérant de s'assurer, avant de procéder à l'acte définitif et grave de la ligature, qu'il atteint l'artère thyroïdienne et non la carotide.

Tout bien considéré, on n'est donc pas dans le cas d'un accident opératoire dû à une maladresse excusable, mais d'une négligence du défendeur par laquelle il a engagé sa responsabilité, car les autres conditions de l'art. 41 sont aussi remplies...

**37. Extrait de l'arrêt de la I<sup>e</sup> Section civile du 17 octobre 1944 dans la cause Golbin contre Banque d'escompte suisse en liquidation concordataire.**

La condition générale — en soi licite — permettant d'annuler en tout temps les crédits accordés est tenue en échec par la stipulation spéciale de la durée de l'ouverture des crédits.

Die an sich zulässige allgemeine Geschäftsbedingung, dass ein eingeräumter Bankkredit jederzeit widerrufen werden könne, wird durch eine Sondervereinbarung über die Dauer der Kreditgewährung ausgeschaltet.

La condizione generale (in sè licita) che un credito bancario accordato può essere annullato in ogni tempo è inefficace mediante la stipulazione speciale circa la durata del credito:

La Banque d'escompte suisse en liquidation concordataire (par abréviation : la Banque d'escompte) est l'ayant cause du Comptoir d'escompte de Genève (par abréviation : le Comptoir).

Au mois de mars 1930, le Comptoir a ouvert à Golbin trois crédits jusqu'au 31 décembre de la même année, sauf renouvellement.

La Banque d'escompte suisse, successeur du Comptoir, suspendit ses paiements, et les relations d'affaires avec Golbin prirent fin en avril 1934.

Golbin ayant refusé de rembourser le solde passif des crédits, la Banque d'escompte l'a actionné en paiement devant la Cour civile vaudoise, laquelle a admis la demande.

La Cour considère que les relations d'affaires des parties étaient encore régies en 1934 par la convention de mars 1930 et, partant, aussi par l'art. 11 des conditions générales permettant à la demanderesse d'annuler en tout temps à son gré les crédits accordés et d'exiger le remboursement de ses créances, sans dénonciation.

Bien que ces conditions eussent été signées par le défendeur en février 1929, elles ne laissaient pas de le lier en principe sous le régime de la convention de mars 1930. Car elles devaient valoir de manière générale pour les rapports de Golbin avec le Comptoir d'escompte, donc aussi pour leurs opérations futures.

La clause stipulée par la demanderesse est en soi licite. Les relations d'affaires du banquier avec celui auquel il ouvre un crédit reposent sur la confiance qu'il place en la personne et dans les affaires du débiteur ; il doit donc pouvoir mettre fin à ces relations sans indication de motifs lorsque cette confiance disparaît. Aussi bien les conditions générales des banques commerciales suisses comportent-elles des clauses semblables à celle de la demanderesse. Au surplus, la clause n'exprime pour les