

FABIAN KLINCK*

La formazione del BGB

*e il valore dei materiali preparatori per la sua interpretazione odierna***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La vigilia del BGB: unificazione nazionale e scuola storica del diritto. – 3. La genesi del BGB. – 3.1. L'andamento dei lavori. – 3.2. Documentazione. – 4. L'importanza dei materiali del BGB (originale) per la sua interpretazione. – 4.1. «Teoria soggettiva» e «teoria oggettiva». – 4.2. Uso dei materiali del BGB nella giurisprudenza. – 5. Due esempi. – 5.1. Carattere vincolante dell'accordo reale ai sensi del § 929 BGB. – 5.2. Rappresentanza nell'acquisto del possesso. – 6. Annotazioni conclusive.

1. Introduzione

La scienza giuridica tedesca ha conosciuto il suo massimo splendore nel XIX secolo. Ricorrendo alla terminologia utilizzata dalla storia del diritto romano, si potrebbe dire: visse la sua fase classica. Il frutto di questa fioritura è il *Bürgerliches Gesetzbuch* che è stato approvato dal *Reichstag* tedesco nel 1896 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1900. Ad un livello altissimo di astrazione, il risultato precipuo dei suoi creatori sta nel fatto di aver creato un sistema dogmatico coerente, che ha poche contraddizioni interne. In seguito il BGB è stato più volte oggetto di modifica, ma è difficile che sia migliorato. Il modo con cui ci si pone nei confronti di questa codificazione e delle motivazioni che all'epoca hanno ispirato i suoi autori, ci dice molto sullo stato nel quale oggi si trova la scienza giuridica tedesca.

* Professore Ordinario di Diritto civile presso la Ruhr-Universität Bochum.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

2. La vigilia del BGB: unificazione nazionale e scuola storica del diritto

Nel 1806 Napoleone mise fine al *Sacrum Imperium Romanum Nationis Germanicae*, un'entità che non era mai stata una nazione nel senso corrente del termine. Questo impero vetusto aveva sempre avuto poche istituzioni centrali e alla fin fine perseguiva esclusivamente la funzione di mantenere la pace tra le sue componenti. Dopo la sconfitta ad opera di Napoleone nel 1815, con il Congresso di Vienna venne fondato il *Deutscher Bund*, la confederazione germanica, che principalmente si sostanzialmente in un'assemblea permanente dei deputati dei suoi stati membri. Questa debole confederazione fu sciolta nel 1866 dopo una guerra tra l'Austria e la Prussia. Nel 1871, una coalizione guidata dalla Prussia sconfisse la Francia. Guglielmo I, il re di Prussia, fu proclamato imperatore tedesco. Nacque così il *Deutsches Reich*, il primo stato nazionale tedesco.

Per quanto riguarda il diritto applicabile, il giovane impero tedesco era un *patchwork*. Nei territori prussiani dal 1794 era in vigore l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (Diritto territoriale generale per gli Stati Prussiani), un'enorme codificazione formata da oltre 19.000 paragrafi, soprattutto del diritto civile e penale. Nelle aree occupate dai francesi in Renania, nel 1804 era stato introdotto il codice civile francese, adottato sostanzialmente anche dal *Baden*. Tuttavia in molte aree della Germania il diritto civile non era stato ancora, in tutto o in parte, codificato; qui, il diritto comune era il diritto romano tramandato dalle fonti nel corso del tempo.

Si discusse a lungo sull'opportunità di unificare e codificare il diritto civile tedesco. Nel 1814 il dibattito è giunto al culmine¹. Anton Friedrich Justus Thibaut caldeggiò una codificazione unitaria nel suo scritto intitolato “*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*”² (“Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania”), mentre Friedrich Carl von Savigny si espresse contro di essa con altrettanta veemenza nel suo scritto “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”³ (“Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza”). Thibaut era mosso dall'idea dell'identità na-

¹ Sul „Kodifikationsstreit“ v., tra altro, l'introduzione di H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973, p. 9 ss.

² Digitalizzata e scaricabile via <https://doi.org/10.11588/diglit.11450>.

³ Digitalizzata e scaricabile via <https://doi.org/10.11588/diglit.11451>.

zionale, che sarebbe portata alla luce e nel contempo ulteriormente rafforzata da una codificazione di un diritto civile comune. Von Savigny, d'altra parte, si appellava al fatto che lo sviluppo del diritto dovesse progredire attraverso la giurisprudenza e la pratica; le codificazioni avrebbero limitato questo sviluppo organico del diritto. All'epoca prevalse la posizione di von Savigny, ma sopravvisse l'idea di una codificazione come espressione dell'unità nazionale.

A posteriori non si può che essere d'accordo con von Savigny. Egli stesso diede nuovi impulsi decisivi alla scienza giuridica tedesca contribuendo allo sviluppo della scuola storica del diritto⁴. Il metodo di questa scuola ha offerto per la prima volta la possibilità di distinguere chiaramente tra storia del diritto – nel senso moderno – e diritto vigente, astrarre regole dogmatiche generali dalle fonti storiche del diritto – soprattutto, ma non solo, romano – e renderle fruibili per un sistema moderno di diritto civile⁵. Nell'ambito di questa tradizione la pandettistica tedesca ha fatto delle scoperte rivoluzionarie.

Un buon esempio è costituito dall'opera di Bernhard Windscheid intitolata “*Die Actio des römischen Zivilprozesses*” (*L'actio del processo civile romano*), pubblicata nel 1856, nella quale si occupava della relazione tra diritto soggettivo sostanziale e *actio*. Windscheid ha sostenuto che nel diritto romano il pretore potesse concedere un'*actio* indipendentemente dal fatto che l'attore fosse titolare di un diritto sostanziale; l'*actio* del diritto romano era quindi indipendente da qualsiasi diritto soggettivo sottostante. Invece nel diritto vigente il giudice era vincolato dalla legge e poteva concedere un'azione solo in caso di violazione di un diritto soggettivo dell'attore. Nel diritto attuale questo diritto di esigere qualcosa dal convenuto, “*der Anspruch*” (la pretesa), ha preso il posto dell'*actio* romana. Nasceva così il credito come una nuova categoria di diritto soggettivo e allo stesso tempo si apriva la possibilità di considerare il credito non solo come un rapporto tra debitore e creditore, ma come un oggetto autonomo di disposizione, come un vero e proprio diritto soggettivo trasferibile. La tesi che il creditore possa trasferire il credito a un terzo dimodoché il terzo diventi il solo nuovo creditore del

⁴ Sull'origine della scuola storica e l'importanza di Gustav Hugo si veda in breve H. WIELING, *Endlich kam Hugo!*, in *JZ*, 2002, p. 138; più panoramico F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a ed., Göttingen, 1967, § 21.

⁵ Sul metodo della scuola storica e la pandettistica cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., §§ 22-24.

debitore si trova già in embrione nella glossa ed è formulata chiaramente per la prima volta nella dottrina del diritto naturale; successivamente approda nelle codificazioni da essa influenzate, come l'*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (I 11 §§ 376 s., 393). L'obiettivo principale dello scritto di Windscheid è stato di raccordare questa tesi con lo *ius commune*, utilizzando la metodologia della scuola storica del diritto. Il risultato è nelle parole di Windscheid: «Per noi ciò che i romani chiamano *actio* è una pretesa legalmente riconosciuta, l'*actio* per l'adempimento di un'obbligazione è il diritto di credito. Perciò diciamo: attraverso la cessione passa il diritto di credito e, poiché usiamo diritto di credito e obbligazione come espressioni sinonime, anche: attraverso la cessione passa l'obbligazione»⁶.

Il metodo e il successo della scuola storica del diritto possono essere ben illustrati dallo sviluppo della rappresentanza. Il diritto romano classico rifiutava espressamente la possibilità che atti compiuti da persone libere che non appartenevano alla famiglia del mandante potessero avere effetti giuridici nei suoi confronti⁷. Tuttavia già il diritto romano classico faceva un'eccezione per l'acquisizione del possesso: la *possessio* poteva essere acquisita da un terzo libero anche se il “rappresentato” non era a conoscenza dell'operazione concreta di acquisizione, ma solo se aveva conferito al “rappresentante” un mandato che copriva l'acquisizione o aveva successivamente approvato il negozio in base al quale il possesso era successivamente acquisito. La pandettistica ha scoperto queste regole partendo dalle fonti del diritto romano classico, e nel contempo in una società altamente sviluppata basata sulla divisione del lavoro la rappresentanza è necessaria in tutti i campi del diritto. Nel tentativo di fornire un fondamento dogmatico alla libera rappresentanza nell'acquisto del possesso, all'inizio del XIX secolo von Savigny avanzò la tesi che per l'acquisto del possesso da parte di una persona libera il mandato avesse la stessa funzione che l'autorità domestica aveva nel caso di uno schiavo o *filius familias*: esso creava il necessario legame giuridico tra il mandante e la persona tramite la quale veniva acquistato il possesso. Secondo von Savigny sulla base del mandato il mandante conseguiva in un certo senso un dominio sul terzo e quindi anche un dominio di fatto sulla cosa, necessario per l'acquisto del possesso. Da questa tesi relativa all'acquisto del possesso Von Jhering ricavò una regola generale per tutti gli atti con effetti giuridici e distinse un

⁶ B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, p. 148.

⁷ F.K. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, 1803, p. 249.

ulteriore elemento giuridico dal mandato, ossia la procura (“*Vollmacht*”), che fondava il potere di rappresentanza nel rapporto esterno⁸. Infine, pochi anni, dopo Laband astraeva la procura, nella sua portata e validità, dal rapporto giuridico su cui si basava,⁹ completando così lo sviluppo che va dall’acquisto del possesso da parte di terzi del diritto romano classico fino alla dottrina generale della rappresentanza in età contemporanea.

I grandi manuali della pandettistica, come quelli di Bernhard Windscheid¹⁰ e Heinrich Dernburg¹¹, riassumono i frutti di tale lavoro. Le fonti del diritto romano sono lì quasi interamente relegate nelle note a piè di pagina; le dottrine che stanno in cima al testo sono state giustificate da tempo non solo sulla loro base, ma anche dai riferimenti interni del sistema di un diritto civile moderno. Questo è particolarmente vero per la dottrina dei negozi giuridici, per la quale la giurisprudenza romana non era andata oltre un abbozzo embrionale, le cui tracce risultavano sparpagliate tra le fonti. Ed è in tale contesto che i manuali in alcuni punti vengono letti come fossero già quasi leggi.

⁸ R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JberJabrB*, 1 (1857), pp. 273-350; R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JberJabrB*, 2 (1858), pp. 67-180: Il mandato è l’aspetto interno, la rappresentanza il lato esterno del rapporto tra il gestore e il preponente (R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *JberJabrB*, 1 (1857), p. 313).

Cfr. inoltre J. BREMER, *Beitrag zur Lehre von dem Besitzererbe durch Stellvertreter. Unterschied zwischen dem Besitzererbe durch einen Stellvertreter und dem Besitzererbe mittelst Tradition von Seiten einer Mittelsperson*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, n.F. 20 (1863), p. 34 ss., che distingue tra un mandato con rappresentanza e uno senza rappresentanza. L’idea della separazione tra mandato e rappresentanza si vede già prima, cfr. W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Abstraktion der Vollmachtenerteilung im 19. Jahrhundert*, in *Coing/Wilhelm* (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, II. *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, Frankfurt, 1977, p. 157 s. e nota 71.

⁹ P. LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB*, in *ZHR* 10 (1866), pp. 183-241. L’idea che il potere di rappresentanza potesse sopravvivere al rapporto giuridico sul quale si basa e quindi sia almeno parzialmente indipendente da esso è stabilito già nel § 1026 AGBG e § 46 ADHGB, cfr. A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht*, Wien, 1867, p. 133 s.

¹⁰ *Lehrbuch des Pandektenrechts*. La 9ª e ultima edizione fu rielaborata di Kipp e apparse 1906. La 1ª, 3ª, 5ª e 6ª edizione sono liberamente accessibili nella biblioteca digitale del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de>.

¹¹ *Pandekten*, 6ª ed. 1900/1901 con la collaborazione di Biermann, liberamente accessibile nella biblioteca digitale del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de>.

3. *La genesi del BGB*

La genesi del BGB¹² presenta alcune caratteristiche peculiari: il lavoro di preparazione ha richiesto un tempo straordinariamente lungo, è insolitamente ben documentato ed è stato accompagnato da un pubblico accademico eccezionalmente attento e critico. In questo processo è stata prodotta una ricchezza di materiali che oggi sono facilmente accessibili.

3.1. *L'andamento dei lavori*

Nel 1873, due anni dopo la sua fondazione, il *Reich* tedesco assunse la competenza legislativa a emanare un codice civile uniforme con la cosiddetta *lex Miquel-Lasker*. Nel 1874 il consiglio federale (*Bundesrat*) istituì una Prima Commissione, composta da undici giuristi, che doveva elaborare il progetto di legge. Questa Prima Commissione, a sua volta, nominò un redattore per ciascuno dei cinque libri in cui doveva consistere il BGB, il quale era incaricato di redigere un progetto preliminare parziale (*Vorentwurf/Teilentwurf*). Dal 1881 al 1887 la Prima Commissione discusse i progetti preliminari uno dopo l'altro, stabilendo numerosi emendamenti. Queste disposizioni sono state redatte da un comitato editoriale¹³ e nuovamente deliberate e riviste dalla commissione. Alla fine del 1887 la fase deliberativa si concluse con l'ultimazione di un Primo Progetto (*Erster Entwurf*) del BGB. Questo Primo Progetto fu presentato al *Bundesrat* nel 1888 insieme ad una dettagliata motivazione, i cc.dd. motivi.

Il Primo Progetto è stata pubblicato e discusso nella comunità scientifica. I contributi a questa discussione furono raccolti dal *Reichsjustizamt* e pubblicati 1890 con brevi riassunti dei loro contenuti in un'opera di sei volumi, intitolata "*Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*"¹⁴. Molti consideravano la legge troppo "dottrinarica". Mentre c'era sostanzialmente accordo sui concetti di base, le soluzioni di molte questioni individuali erano viste in modo critico o a volte persino disapprovate. In seguito alle numerose critiche, l'ufficio imperiale della giustizia (*Reichsjustizamt*) sollecitò il *Bundesrat* a

¹² Cf. W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, I, Berlin, 1978, pp. 27-68; in sintesi PLANCK/KNOKE, in *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 1, 4a ed., Berlin, 1913, p. XXII ss.; T. FINKENAUER, *Eigentum und Zeitablauf. Das Dominium sine re im Grundstücksrecht*, Berlin, 2000, p. 23 ss.

¹³ Cf. B. MERTENS, *Gesetzgebungs-kunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, 2004, p. 120.

¹⁴ Liberamente accessibile via <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de>. Cfr. anche G. MAAS, *Bibliographie des Bürgerlichen Rechts*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Band 16, 1899; accessibile via [http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/mj/klcioc/0010/exec/sbowntoc/"2084534_16+1899"](http://dlib-zs.mpiar.mpg.de/mj/klcioc/0010/exec/sbowntoc/).

far rielaborare il primo progetto da una Seconda Commissione. Questa fu nominata dal *Bundesrat* nel 1890 ed era composta da undici membri permanenti - tutti giuristi - e tredici membri non permanenti provenienti da altre professioni. Nella loro attività prendevano spunto anche dalle critiche che erano state avanzate dalla comunità scientifica. Una commissione preliminare (*Vorkommission*) avrebbe dovuto preparare le deliberazioni della Seconda Commissione, ma lavorò molto più lentamente di quest'ultima, così che la Seconda Commissione finì per raggiungere commissione preliminare, che perciò dovette essere sciolta¹⁵. Ma basandosi sul primo Primo Progetto, la commissione preliminare elaborò un progetto indipendente della parte generale e altre numerose proposte sulla disciplina delle obbligazioni e sui diritti reali, che vennero tutte discusse dalla Seconda Commissione e non di rado adottate. Anche le riunioni della commissione preliminare sono state verbalizzate.

La Seconda Commissione prese le sue deliberazioni dal 1891 al 1896. Tutte le deliberazioni della commissione vennero stilate dal presidente della commissione e sottoposte a una commissione di redazione (*Redaktionskommission*) nominata dallo stesso *Bundesrat*¹⁶. La Commissione di redazione elaborò una stesura finale, la cui adozione è stata nuovamente deliberata dalla Commissione. Nel 1895, il progetto fu sottoposto a una revisione da parte della Commissione, che portò a una serie di emendamenti.

Dopo che la Seconda Commissione ebbe trasmesso la versione finale del suo progetto al *Bundesrat* nel 1895, la sua Commissione Giustizia (*Justizausschuss*) discusse il progetto senza apportare alcun cambiamento. Il progetto fu poi presentato come Terzo Progetto dal Cancelliere del Reich alla camera dei deputati (*Reichstag*), che a sua volta nominò una commissione per discuterlo. Questa consultazione ha portato di nuovo ad alcuni emendamenti, ma questi non riguardarono punti fondamentali. Dopo due letture nel *Reichstag*, nelle quali furono discusse solo alcune questioni di dettaglio della legge, il progetto fu adottato e promulgato nella Gazzetta Ufficiale il 18 agosto 1896.

¹⁵ H. SCHULTE-NÖLKE, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main, 1995, p. 183 s.

¹⁶ Cfr. T. FINKENAUER, *Die Redaktion des zweiten Entwurfs eines BGB und die historische Auslegung*, in KIEHNLE/MERTENS/SCHIEMANN (ed.), *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, pp. 21-50.

3.2. Documentazione

Il BGB ha assunto la sua versione finale essenzialmente con la Seconda Bozza. Tuttavia ciò non rende insignificanti i materiali relativi alle versioni precedenti, nonché le sue bozze preliminari, perché spesso le considerazioni svolte dalla Seconda Commissione possono essere comprese solo partendo dalla Prima Bozza e questa, a sua volta, solo in base delle bozze preliminari. Chiunque voglia rinvenire le idee dei suoi autori su una norma che si trova nella versione del BGB entrata in vigore il 1° gennaio 1900, deve quindi prendersi la briga di ripercorrere il processo attraverso il quale quella disposizione è nata, per cogliere quali considerazioni siano state decisive per la sua versione finale.

I “*Motive*” del Primo Progetto¹⁷ e i verbali delle deliberazioni della Seconda Commissione (ad eccezione della commissione di redazione)¹⁸ erano già stati pubblicati in forma autonoma insieme ai relativi progetti. Nel 1899 furono ripubblicate da Benno Mugdan insieme ad un memorandum sul progetto di legge del *Reichstag*, il rapporto della Commissione del *Reichstag* incaricata di deliberare la legge e il verbale delle deliberazioni plenarie nel *Reichstag*. Grazie a un’iniziativa di Christian Fischer dell’università di Jena questa edizione oggi è disponibile su Internet anche in una versione per la quale è possibile la ricerca per parole chiave¹⁹. Quando si lavora sui *Motive* del Primo Progetto, tuttavia bisogna ricordare sempre che non sono stati redatti dalla stessa Prima Commissione o da qualcuno dei suoi membri, ma dagli assistenti dei redattori delle bozze preliminari. Oltre a estratti delle motivazioni delle bozze preliminari e dei verbali della Prima Commissione, i *Motive* contengono anche riflessioni degli stessi assistenti, che non sono stati membri della Prima Commissione; questi non ne hanno mai assunto la paternità²⁰. Quali fossero le ragioni sottostanti alla stesura della corrispondente norma del Primo Progetto può essere dedotto, almeno in parte, dai verbali che contenevano

¹⁷ *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 6 voll. 1888 (versione digitale accessibile via <https://rwi.app/iurisprudencia/bgb/directory/static>).

¹⁸ *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, a cura di Achilles, Gebhard e Spahn, 7 vol., 1897-1899, ristampati nel 1983 (versione digitale accessibile via <https://rwi.app/iurisprudencia/bgb/directory/static>).

¹⁹ Accessibile e scaricabile via http://www.rewi.uni-jena.de/Fakultät/Lehrstühle+und+Dozenten/Zivilrechtliche+Lehrstühle/Prof_+Dr_+Christian+Fischer-p-212.html.

²⁰ W. SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, I, cit., p. 49.

anche le delibere della prima commissione. Tuttavia, questi verbali sono brevi e, in particolare, non contengono le motivazioni delle mozioni che sono poi state respinte. Per giunta, esistono soltanto documenti dattilografati²¹.

Alla luce di quanto detto risulta quindi evidente che, contrariamente al titolo che Mugdan ha dato alla sua edizione dei materiali (“*Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*”), non si tratta affatto di un’edizione di *tutti* i materiali sul BGB. Negli anni Settanta e Ottanta, in particolare Horst Heinrich Jakobs e Werner Schubert hanno reso un servizio eccezionale pubblicando dei materiali inediti. In numerosi volumi, strutturati secondo l’ordine attuale delle norme del BGB, hanno raccolto soprattutto le proposte fatte nelle deliberazioni della Prima Commissione e della Seconda Commissione, insieme alle loro motivazioni, nonché le versioni delle norme adottate nelle varie fasi della storia del loro sviluppo²². Inoltre Werner Schubert è stato responsabile della (ri)pubblicazione di tutti i progetti preliminari insieme alle loro giustificazioni dettagliate, sulla base delle quali ha deliberato la Prima Commissione²³. Su iniziativa di Jan Thiessen e Walter Boente attualmente è in costruzione una “*Edition Bürgerliches Gesetzbuch*” che renderà disponibili tutti i materiali di cui sopra in versione digitale; il progetto è già a buon punto²⁴.

4. *L’importanza dei materiali del BGB (originale) per la sua interpretazione*

Qual è allora l’importanza dei materiali del BGB e della sua formazione per l’odierna interpretazione e applicazione?

4.1. «Teoria soggettiva» e «teoria oggettiva»

La questione del ruolo che la genesi di una norma riveste nella sua interpretazione è strettamente legata al problema di quale sia esattamente lo scopo dell’interpretazione. Più precisamente, se il significato di una norma deve essere determinato dall’interpretazione, il

²¹ *Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*; una pubblicazione dell’originale digitalizzato e di una trascrizione è in costruzione: <https://rwi.app/iurisprudencia/bgb/documents/static/619039>.

²² *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, 1978-2002.

²³ *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1980-1986. I progetti preliminari parziali, compresi le loro motivazioni, ora sono anche liberamente disponibili in versione digitale su Internet: <https://rwi.app/iurisprudencia/bgb/directory/static>.

²⁴ <https://rwi.app/iurisprudencia/bgb/directory/static>.

primo interrogativo riguarda cosa si intenda esattamente per "significato". È proprio qui che entra in gioco la questione della rilevanza della genesi di una norma. Le varie posizioni al riguardo possono essere divise approssimativamente in una teoria oggettiva e in una soggettiva²⁵.

Secondo la teoria soggettiva, l'interpretazione serve ad individuare l'intenzione normativa del legislatore storico. I sostenitori della teoria oggettiva ritengono, per contro, che l'intenzione soggettiva di un legislatore storico non può essere vincolante di per sé; l'interpretazione deve portare alla luce "l'intenzione oggettiva della legge". Questo, però, è logicamente impossibile, perché la legge come tale non può avere una volontà²⁶, tanto meno una volontà oggettiva. Ciò che si intende è che il testo di legge da interpretare si distacca completamente staccato dal legislatore al momento della sua pubblicazione e deve essere compreso in modo autonomo, vale a dire unicamente sulla base del suo tenore, del suo collegamento sistematico con le altre norme e della sua finalità normativa, che si può dedurre senza tener conto dei materiali.

I sostenitori della teoria oggettiva credono che sia inammissibile che "il legislatore" venga assunto ad autore di una norma. Questo, sostengono, è il Parlamento, e il Parlamento è un gruppo di individui con intenzioni individuali²⁷. Inoltre, spesso la storia di una legge non è sufficientemente documentata, così che non è nemmeno possibile determinare chiaramente quale intenzione normativa sia stata decisiva²⁸.

Quest'ultimo aspetto - che i materiali siano spesso incompleti proprio nella questione che interessa - non può essere negato *a priori*, ma non può costituire neanche un argomento per ignorare la storia della legge, là dove possa essere ricostruita. Che il "legislatore" non sia un individuo con volontà che possa essere accertata, è vero. Naturalmente la volontà del

²⁵ In sintesi K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 12^a ed., Stuttgart, 2015, p. 159 ss.; A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Bad Homburg v.d.H., 1970, p. 19 ss.; K.F. RÖHL/H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3^a ed., München, 2008, p. 627 ss.; B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11^a ed., München, 2020, N. 796 ss.

²⁶ B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit., N. 800a.

²⁷ Vgl. R.A. LORZ, in Baldus/Theisen/Vogel (ed.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2013, pp. 87, 98.

²⁸ S. SCHNEIDER, in Baldus/Theisen/Vogel (ed.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung*, Tübingen, 2013, pp. 111, 117 s., considera «quasi impossibile» determinare la volontà del legislatore, perché «in teoria, si dovrebbe coinvolgere il capo del dipartimento che ha redatto il progetto di legge».

legislatore non può essere equiparata alle idee specifiche di tutti i singoli membri del parlamento che hanno votato per quella particolare legge. In ogni caso quasi nessun deputato avrà avuto opinioni dogmatiche sulla legge. Cionostante la teoria soggettiva non dipende da una mera finzione di una "volontà del legislatore"²⁹. Coloro che votano a favore di una legge che è passata attraverso un certo procedimento parlamentare, in questo modo fanno proprie le considerazioni che sono state elaborate e consolidate in quel processo. Così si può ben dire che la maggioranza parlamentare che approva una legge abbia accolto le considerazioni su cui la legge si basa, comprese quelle dogmatiche che servono ad attuare gli obiettivi normativi approvati dal Parlamento.

Tuttavia, per quanto riguarda la formazione del BGB, sembra avere una certa pertinenza la critica alla teoria soggettiva secondo cui la "volontà del legislatore" sarebbe una mera finzione. Nessuno dei membri del Reichstag ha probabilmente letto il progetto nella sua interezza e tanto meno ha considerato tutti i materiali relativi ad ogni singola norma. Perciò non ci può essere alcun dubbio sul fatto che la maggioranza del Reichstag che ha votato per l'adozione del BGB non abbia fatto proprie tutte le considerazioni che sono state decisive per la stesura delle singole norme. Tuttavia i legislatori dell'epoca, il Bundesrat e il Reichstag, hanno deliberatamente diretto il lavoro sui progetti attraverso i loro comitati e, in particolare, le commissioni. Chiunque affidi a delle commissioni l'incarico di redigere una legge e poi approvi i loro risultati certamente adotta le considerazioni che sono state decisive per sua la stesura. di conseguenza, si può certamente affermare che il legislatore storico ha incorporato queste considerazioni nella sua volontà. Ciò vale a maggior ragione se, come nel caso del BGB, si tratta di un complesso di norme tenuto insieme da strutture dogmatiche di base: sono solo queste che ciò che assicura che le singole norme siano connesse in modo coerente. E dato che è questa probabilmente la volontà del legislatore, è inevitabile adottare queste strutture di base, che a loro volta diventano chiare solo alla luce dalle considerazioni che sono state svolte sulle singole norme.

²⁹ Così, però, R.A. LORZ, in Baldus/Theisen/Vogel (ed.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, cit., pp. 87, 97 s.; R. THIENEL, Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre. Eine Standortbestimmung, in Schäffer/Berka/Stolzlechner/Werndl (ed.), Staat - Verfassung – Verwaltung. Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich Kojan, Wien-New York, 1998, pp. 161, 179; cfr. anche la critica di T. WISCHMEYER, Der „Wille des Gesetzgebers“. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, in JZ, 2015, pp. 957, 961.

I sostenitori della teoria oggettiva obietano che non è accettabile vincolare l'operatore del diritto alle idee di un legislatore storico, che spesso sono state completamente superate dalla società contemporanea. La teoria soggettiva non presuppone certo che la volontà del legislatore storico sia vincolante di per sé: se una norma si basa effettivamente su certi valori sociali e questi sono incompatibili con quelli odierni, in particolare con quelli della costituzione, secondo la teoria soggettiva ciò relativizza anche l'importanza della genesi di una norma per la sua interpretazione.

Il fatto che la teoria oggettiva sia sempre stata estremamente popolare nella scienza e nella pratica non può sorprendere nessuno. Rende il lavoro degli interessati più facile, perché – così sembra – li solleva dal tedioso studio dei materiali legislativi. Soprattutto, però, permette un maggiore margine di interpretazione. Perché chi pretende di ricercare una presunta "volontà della legge" oggettiva, che potrebbe risultare dal tenore e dalla sistematica della legge stessa, spesso non leggerà nella norma nient'altro che ciò che ha messo al primo posto: le sue idee³⁰. In fin dei conti, la teoria oggettiva ha lo scopo di marginalizzare la volontà del legislatore storico per poi sostituirla con le proprie concezioni della giustizia. In pratica, si tratta quindi di distinguere il potere giudiziario da quello legislativo, vale a dire di un problema di diritto costituzionale³¹. Se, seguendo la teoria oggettiva, il giudice fosse vincolato solo al testo della legge in quanto tale, ma non alle idee soggettive del legislatore, i tribunali avrebbero un'ampia libertà di azione. La teoria soggettiva invece costringe il giudice a cercare nei materiali, nella misura in cui esistano, un'intenzione del legislatore accertabile. Ciò vincola il giudice e gli impedisce interpretare la norma nel modo che secondo lui è più appropriato ma che contrasti con l'intenzione verificabile del legislatore. Così la teoria soggettiva si rivela

³⁰ B. RÜTHERS/C. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, cit., N. 800a; B. RÜTHERS, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? Hypothesen zu einer Diskussion*, in ZRP, 2008, pp. 48, 50 s.; M. WÜRDINGER, *Das Ziel der Gesetzesauslegung- ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre*, in JuS, 2016, pp. 1, 5. Cf. anche J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, p. 122. Esser stesso però criticava la teoria oggettiva, *ibid.*, p. 126.

³¹ Cf. anche la Corte costituzionale federale (BVerfG, 25 gennaio 2011, in BVerfGE, 128, pp. 193, 210): «Il giudice non può eludere il significato e lo scopo della legge come determinato dal legislatore. Deve rispettare la scelta alla base della legge e rendere efficace la volontà del legislatore nel modo più affidabile possibile anche se mutano le circostanze».

l'unica veramente oggettiva, mentre la teoria oggettiva si rivela spesso un pretesto per un'interpretazione in base ai gusti soggettivi dell'interprete³².

4.2. *Uso dei materiali del BGB nella giurisprudenza*

Anche se l'opinione ora prevalente è che la volontà del legislatore storico deve essere ritenuta decisiva nell'interpretazione di una norma, tuttavia i materiali della versione originale del BGB hanno, nel migliore dei casi, un significato mutevole nella dottrina e nella prassi.

Il *Reichsgericht* ha inizialmente ritenuto che i motivi del Primo Progetto del BGB non potessero avere un'importanza decisiva per l'interpretazione della legge, se non altro perché si trattava di un'opera privata non avente valore legislativo³³. Nel fare ciò, la corte ha alluso al fatto, sopra ricordato, che i motivi non sono stati redatti dalla Prima Commissione stessa, ma dagli “ausiliari” coinvolti nella stesura dei progetti preliminari. Tuttavia, in numerose decisioni, il *Reichsgericht* ha utilizzato i materiali, compresi i motivi, per risolvere questioni interpretative. In effetti, la corte suprema imperiale è stata incoerente a tal riguardo: in molti casi si è decisamente basata sull'intenzione del legislatore accertata dai materiali, anche se il testo della norma in questione non supportava il risultato dell'interpretazione; in altri casi ha respinto una tale interpretazione storica con la motivazione che non trovava riscontro nel testo³⁴. Il sospetto è che il *Reichsgericht* abbia in fin dei conti proceduto in modo arbitrario, vale a dire che non ha seguito né la teoria soggettiva né la teoria oggettiva, ma che ha invece argomentato sulla base dei materiali, allorquando questi supportavano un risultato difficile da giustificare in base del tenore letterale, ma ritenuto appropriato dai giudici della suprema corte. Così facendo il *Reichsgericht* non ha evitato di citare i materiali in modo intenzionalmente errato, vale a dire facendo finta di basarsi sui materiali per giustificare il risultato desiderato³⁵.

³² K.F. RÖHL/H.C. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, cit., p. 631; B. RÜTHERS, *Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? Hypothesen zu einer Diskussion*, cit., pp. 48, 50.

³³ RG, 3 maggio 1902, in RGZ, 51, pp. 272, 274.

³⁴ H. HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, Gremer, 1982, p. 218; T. FINKENAUER, *Das entstehungsgeschichtliche Argument als Etikettenschwindel. Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Bereicherungsrecht*, in Falk/Mohnhaupt (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main, 2000, pp. 305, 307 s.

³⁵ Nei particolari T. FINKENAUER, *Das entstehungsgeschichtliche Argument als Etikettenschwindel. Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Bereicherungsrecht*, cit., pp. 305, 310 ss.

Nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* non c'è alcun indizio di una tale “formulazione ingannatoria”. L'atteggiamento del BGH verso il valore dei materiali nell'interpretazione normativa tuttavia è ambiguo proprio come quello *Reichsgericht*. È vero che la S. Corte si è da subito pronunciata espressamente a favore della teoria oggettiva e ha sottolineato che un'intenzione del legislatore non può essere decisiva per l'interpretazione di una norma se non si riflette nel suo tenore³⁶. Ciononostante il *Bundesgerichtshof*, nella maggior parte delle decisioni e fin dall'inizio, ha attinto ai materiali per interpretare le norme, dichiarando, di regola, vincolante l'interpretazione che emerge dai materiali come la volontà del legislatore³⁷.

L'atteggiamento della dottrina non è molto più chiaro. Nei commentari, nei manuali e nella letteratura saggistica relativa alle singole questioni sostanziali, gli autori raramente si dichiarano sostenitori della teoria soggettiva o della teoria oggettiva. Come regola si può osservare che per l'interpretazione di una norma i materiali sono quasi sempre consultati quando questa norma è appena entrata in vigore e meno frequentemente quanto più vecchia. A volte sembra che si eviti persino di dare uno sguardo ai materiali della versione originale del BGB: alcuni autori si limitano a supporre che la loro tesi dovrebbe esser confermata dai materiali, senza, ovviamente, prendersi la briga di controllare³⁸.

Però uno sguardo ai materiali risulta a dir poco utile: gli esempi seguenti possono dimostrare che hanno ancora molto da offrire ad un lettore attento.

5. *Due esempi*

5.1. *Carattere vincolante dell'accordo reale ai sensi del § 929 BGB*

Come è noto, il diritto civile tedesco segue il principio della separazione, secondo il quale la proprietà di una cosa non viene trasferita con l'acquisto, lo scambio, la donazione ecc., ma deve essere trasferita con un'ulteriore negozio giuridico. Questo negozio è regolato

³⁶ BGH, 7 luglio 1960, in *BGHZ*, 33, pp. 321, 330; BGH, 15 febbraio 1962, in *BGHZ*, 36, pp. 370, 377; BGH, 21 marzo 1962, in *BGHZ*, 37, pp. 58, 60; BGH, 30 giugno 1966, in *BGHZ*, 46, pp. 74, 76.

³⁷ In BGH, 23 luglio 2009, in *NJW*, 2009, pp. 2877, 2879, la corte enfatizza in modo esplicito la "volontà del legislatore" e sottolinea che "la legge [...] non può essere evasa facendo riferimento al fatto che la vecchia posizione giuridica ha presumibilmente portato a risultati più adeguati". Anche in molte altre sentenze, la corte basa la sua decisione espressamente sulla volontà del legislatore, con riferimento ai relativi documenti del parlamento, cfr. p.e. BGH *NJW* 2006, 917, 918; *NJW* 2006, 3200, 3201; *NJW* 2010, 2940, 2941; *NJW* 2014, 3035, 3036.

³⁸ Per esempi cf. *Finkenauer*, in: Lobinger/Richardi/Wilhelm (ed.), *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, 2010, 201, 224 f.

per i beni mobili dal § 929 BGB: «per trasferire la proprietà di un bene mobile, è necessario che il proprietario consegni il bene all'acquirente e che entrambi siano d'accordo che la proprietà sia trasferita». Nella scienza e nella pratica prevale l'opinione che questo accordo reale, ai sensi del § 929 BGB, non sia vincolante³⁹ e che entrambe le parti possano quindi revocare unilateralmente e a loro discrezione l'accordo fino alla consegna della cosa, con la conseguenza che l'accordo reale cessa di esistere. Che nel BGB ci sia un contratto che non vincola le parti, è sorprendente. Questa tesi si basa sul § 873, comma 2, BGB, secondo il quale l'accordo reale nel caso dei beni immobili è vincolante solo in casi eccezionali. Naturalmente, sarebbe anche possibile trarre la conclusione opposta che il carattere non vincolante dell'accordo nel diritto immobiliare forma l'eccezione e che il principio è: anche l'accordo reale è vincolante. Perciò l'opinione prevalente si basa soprattutto sul tenore letterale del § 929, periodo 1, BGB: se le parti devono ancora essere d'accordo ("...einig sind...") al momento della consegna, se cioè l'accordo deve perdurare fino alla consegna, ovviamente era liberamente revocabile fino alla consegna.

Dal punto di vista della teoria soggettiva questo argomento è convincente solo se il tenore letterale è stato scelto per esprimere proprio un tale significato. Non si può far altro che dare uno sguardo ai materiali. Nel Primo Progetto l'attuale § 929 BGB recitava ancora così: «per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile mediante un negozio giuridico, con la consegna della cosa è necessario un contratto da concludere tra il proprietario e l'acquirente, che contenga la dichiarazione di volontà delle parti contraenti che la proprietà deve passare all'acquirente». Nei motivi della Prima Commissione si trovano le seguenti osservazioni: «se il mutamento consensuale del possesso debba essere considerato come una forma speciale di negozio giuridico prescritto dalla legge (§ 91) non è deciso nel progetto ed è una questione teorica da lasciare alla discussione accademica. La consegna è definita come un

³⁹ BGH, in *WM*, 1969, pp. 242, 243; BGH, 14 novembre 1977, in *NJW*, 1978, pp. 696, 697; BGH, 25 ottobre 1978, in *NJW*, 1979, pp. 213, 214; C. HEINZE, in STAUDINGER, *BGB*, 2020, § 929, n. 80; M. HENSSLER, in SOERGEL, *BGB*, vol. 14, 13^a ed. 2002; § 929 n. 38; J. OECHSLER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 8, 8^a ed. 2020, § 929 n. 42; J. WILHELM, *Sachenrecht*, 6^a ed., Berlin, 2019, n. 873; R. WEBER, *Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff BGB*, in *JuS*, 1998, pp. 577, 578. *Contra*, H.J. WIELING, *Sachenrecht*, 2^a ed. Berlin-Heidelberg, 2006, § 1 III 2 b; F. KLINCK, in *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, 1.1.2021, § 929, n. 57 ss.; T. FINKENAUER, *Eigentum und Zeitablauf. Das Dominium sine re im Grundstücksrecht*, cit., pp. 21, 27 s.; M. SCHÖDERMEIER/H. WOOPEN, *Die diskriminierte Einigung*, in *JA*, 1985, 622 ff.; R. WANK/S. KAMANABROU, *Zur Widerruflichkeit der Einigung bei den §§ 929 S.1, 930, 931 BGB*, in *Jura*, 2000, pp. 154, 155 ss.

elemento necessario che deve essere presente al contratto reale e non come una condizione della sua validità, che può essere soddisfatta anche successivamente. Prima della consegna, quindi, non c'è nessun contratto reale vincolante»⁴⁰.

Secondo la Prima Commissione – ovvero secondo gli assistenti redattori dei progetti preliminari che hanno redatto i motivi – l'accordo reale quindi effettivamente non è vincolante. Tuttavia ciò si basava su una concezione dogmatica fondamentale che oggi nessuno condivide: la consegna era un elemento costitutivo dell'accordo stesso. Solo sulla base di un tale presupposto è possibile dire: senza consegna, non c'è accordo. Questa tuttavia non è l'opinione di coloro che oggi considerano l'accordo reale come non vincolante.

Più interessante per il valore argomentativo del tenore della norma è, naturalmente, determinare come è nato l'attuale testo del § 929 BGB. Ciò richiama il lavoro della Seconda Commissione. Le sue deliberazioni si sono basate su sei proposte di stesura della norma⁴¹:

«(1) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile mediante un negozio giuridico, è necessario l'accordo della volontà dell'alienante e dell'acquirente sul trasferimento della proprietà e la consegna della cosa all'acquirente.

(2) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile, il proprietario e l'acquirente devono concordare che la proprietà passi all'acquirente e che il possesso sia concesso e acquisito (consegna).

(3) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il possesso di essa sia concesso dall'alienante e preso dall'acquirente con l'intenzione di trasferire la cosa nel patrimonio dell'acquirente.

(4) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessaria la dichiarazione del proprietario che trasferisce la proprietà e l'accettazione di questa dichiarazione da parte dell'altra parte così come la consegna della cosa (o: è necessario l'accordo del proprietario e dell'altra parte riguardo al verificarsi del trasferimento della proprietà, così come la consegna della cosa). La consegna della cosa consiste nella concessione del possesso da una parte e l'ottenimento di esso dall'altra.

⁴⁰ B. MUGDAN, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, Berlin, 1899, p. 186.

⁴¹ B. MUGDAN, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, cit., p. 623.

(5) Per l'alienazione del titolo di proprietà di un bene mobile, il trasferimento del possesso è necessario in aggiunta al negozio di alienazione.

(6) Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario dia la cosa all'acquirente e che entrambe le parti siano d'accordo che la proprietà venga trasferita».

La proposta 5 è stata respinta perché suggeriva che il trasferimento di proprietà dipendesse dall'efficacia del negozio sottostante (p.e. la vendita), ma tutte le altre proposte sono state considerate equivalenti nel loro contenuto e si lasciato alla commissione di redazione il compito di formularlo esattamente. In questo contesto nessun peso decisivo può essere attribuito alle parole dell'attuale § 929 BGB “siano d'accordo”. Nell'opinione della Seconda Commissione, infatti, la norma avrebbe potuto anche essere ricavata dalle proposizioni 1, 2 o 4 senza alcun cambiamento nella sostanza; perciò non sarebbe stato affatto richiamato il requisito di un accordo perdurante fino al momento della consegna (e quindi revocabile). Crolla così l'argomento principale dell'opinione prevalente.

5.2. Rappresentanza nell'acquisto del possesso

Un altro esempio riguarda la rappresentanza. Il § 164, comma 1, periodo 1, BGB recita: «una dichiarazione di volontà che qualcuno fa in nome del rappresentato nell'ambito del potere di rappresentanza ha effetto diretto a favore e contro il rappresentato». Secondo l'opinione oggi quasi unanime, è evidente che la rappresentanza non può avere luogo nell'acquisizione del possesso, dato che si applica solo alle dichiarazioni di volontà, mentre l'acquisto del possesso è un atto reale⁴². Secondo quest'opinione non c'è neanche la necessità pratica di una tale rappresentanza in aggiunta alle regole che riguardano il possesso per il tramite di terze persone; inoltre, secondo i sostenitori dell'opinione prevalente, queste regole hanno un valore tassativo, così che non sussiste la possibilità di applicare in via analogica il § 164 BGB al possesso.

⁴² RG, 8 gennaio 1924, in *RGZ*, 137, pp. 23, 26; BGH, 9 febbraio 1955, in *BGHZ*, 16, pp. 259, 263; H. GUTZEIT, in *STAUDINGER, BGB*, 2018, § 854 n. 52; U. LEPTIEN, in *SOERGEL, BGB*, vol. 2, 13^a ed. 1999, § 164 Rn. 9; C. SCHUBERT, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 1, 8^a ed. 2018, § 164 n. 91; A. STADLER, in *SOERGEL, BGB*, vol. 14, 13^a ed., 2002, § 855, n. 1; J. WILHELM, *Sachenrecht*, cit., n. 454.

Ma è proprio vero che non c'è bisogno della rappresentanza nell'acquisto del possesso? Chi vuole acquistare il possesso di una cosa non deve infatti stabilire lui stesso il necessario dominio di fatto sulla cosa, ma può avvalersi di un ausiliario nel possesso (*Besitzdiener*), ai sensi del § 855 BGB o di un intermediario nel possesso, ai sensi del § 868 BGB. Secondo l'opinione prevalente e corretta, tuttavia, è necessario in entrambi i casi che la persona che vuole acquistare il possesso attraverso una tale persona abbia egli stesso la volontà di acquistare il possesso⁴³. Come può allora una persona acquistare il possesso e, per esempio secondo il § 929, comma 1, BGB, la proprietà di una cosa, se questa persona è incapace di avere una propria volontà di possedere? Questo vale non solo per le persone fisiche che non sono in grado di formare una propria volontà, come i neonati, ma per tutte le persone giuridiche che di per sé sono naturalmente incapaci di formare una propria volontà. In quest'ultimo caso, la possibilità di una rappresentanza nell'acquisto del possesso è generalmente accettata nel risultato, ammesso sotto la veste del cosiddetto possesso dell'organo ("*Organbesitz*"), che si suppone porti miracolosamente a "imputare" alla persona giuridica il possesso dell'organo avente il potere di rappresentanza⁴⁴. Il caso della persona strutturalmente incapace di possedere è poco discusso. Se nella pratica giuridica ci si chiede se, per esempio, i genitori possano trasferire una cosa al figlio in esecuzione di una donazione, ai sensi del § 929 BGB, a volte si sostiene che i genitori possono trasmettere il possesso al figlio sulla base di un rapporto "giuridico" di possesso, senza che sia rilevante la volontà propria del figlio nel possesso⁴⁵. Tuttavia non si spiega perché in questo caso non dovrebbe essere necessaria la volontà di possedere per l'acquisto del possesso. Per la maggior parte degli studiosi, il problema è del tutto ignorato⁴⁶. Il fatto che la pratica se la cavi senza accettare la rappresentanza nell'acquisto del possesso è quindi semplicemente dovuto al fatto che essa ignora le questioni dogmatiche ad essa connesse.

Rimane la tesi che le regole della disciplina del possesso siano tassative e non permettano un'applicazione analoga della rappresentanza all'acquisto del possesso. Sulla base della

⁴³ Cf. p.e. B. GÖTZ, in *Beck-online. GROSSKOMMENTAR*, 1.1.2021, § 855, n. 45; M. BRAND, *Der Organbesitz*, Tübingen, 2015, p. 49; H.J. WIELING, *Sachenrecht*, cit., § 6 II 5. *Contra*, p.e., J. WILHELM, *Sachenrecht*, cit., n. 498.

⁴⁴ Cfr., p.e., F.L. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 8, 8ª ed. 2020, § 854 n. 36; M. BRAND, *Der Organbesitz*, cit., p. 81. *Contra*, F. KLINCK, *Stellvertretung im Besitzerwerb*, in *AcP*, 205 (2005), pp. 487, 497 s.

⁴⁵ BGH, 8 giugno 1989, in *WM*, 1989, pp. 1393, 1395.

⁴⁶ Cfr., p.e., OLG Düsseldorf, 27 gennaio 1999, in *FamRZ*, 1999, pp. 652, 653.

teoria soggettiva anche questo può essere accertato solo avendo riguardo alle intenzioni del legislatore, che devono essere accertate nei materiali. Chiunque li consulti, e ciò ovviamente non accade spesso né nella giurisprudenza né nella letteratura, troverà rapidamente ciò che cerca: il § 801 del Primo Progetto dichiarava applicabili le regole sulla rappresentanza anche all'acquisto del possesso. La Prima Commissione ha giustificato la necessità di una tale norma in modo molto dettagliato. Ora si potrebbe obiettare che la Seconda Commissione abbia apparentemente abbandonato questo punto di vista perché, dopo tutto, ha eliminato questa norma dal Secondo Progetto facendo sì non diventasse legge. Se però ci si prende la briga di cercarne la ragione nei verbali, si legge quanto segue⁴⁷: «si è deciso anche di cancellare il § 801. [...] Anche per il possesso [...] la rappresentanza può certamente essere applicabile. Infatti, nella misura in cui la volontà di avere il potere di fatto [...] è necessaria per il conseguimento di tale potere, nei casi del § 797a [ora § 855 BGB], in cui il potere di fatto esercitato da una persona è imputato ad un'altra a causa del rapporto in cui si trova con quest'ultima, la rappresentanza di essa da parte della persona che esercita il potere di fatto può avere luogo rispetto alla volontà necessaria di avere il potere di fatto. Le disposizioni sulla rappresentanza nei negozi giuridici dovrebbero essere applicate di conseguenza a questa rappresentanza nella volontà. Ma non è necessario determinarlo espressamente, poiché anche senza tale determinazione l'analogia non sarebbe misconosciuta». Non ci si può sbagliare così tanto!

6. Annotazioni conclusive

I molti autori del BGB sono riusciti a concepire un sistema dogmatico in base del quale i problemi complessi possono essere risolti con un numero controllabile di regole astratte. Ciò che è particolarmente ammirevole di questo capolavoro, è che queste regole astratte entrano in conflitto tra loro relativamente di rado. Questo è stato possibile solo perché è stato concesso del tempo allo sviluppo del BGB, perché le tappe intermedie sono stati discusse scientificamente e i suggerimenti scaturiti da questa discussione sono stati accolti nei lavori successivi. Dal canto suo, la moderna legislazione tedesca ha sempre più fretta, spinta dai

⁴⁷ B. MUGDAN, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, *Sachenrecht*, cit., p. 505.

programmi politici e anche dalla pressione all'adattamento che viene dalla legislazione europea. Di conseguenza le leggi stanno diventando sempre più dettagliate, più complicate, più lunghe e, quindi, peggiori, se la qualità della legislazione si misura dal formulare ciò che si vuole in poche regole semplici senza contraddizioni. Nel mondo accademico questa tendenza viene criticata troppo raramente. Anche qui si sta diffondendo l'errata convinzione che fenomeni moderni come i mercati finanziari globalizzati, la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale, sollevino questioni completamente nuove che possono essere regolate solo da leggi speciali. In questo modo il BGB come idea di codificazione unificante continua ad erodersi. Coloro che vogliono sottovalutare la consultazione dei suoi materiali ritenendola storia del diritto, non saranno tristi per questo. Per gli altri, il lavoro sui materiali rende consapevoli che per il momento sembra finito il tempo in cui il diritto civile era ancora inteso come una vera scienza e progrediva attraverso autentiche scoperte.

Abstract

Il Bürgerliches Gesetzbuch unisce magistralmente i molti progressi della dottrina del diritto civile tedesco del XIX secolo. Questo è stato possibile solo perché il processo legislativo ha avuto molto tempo, le bozze sono state messe in discussione pubblica e i risultati di questa discussione sono stati incorporati nel processo legislativo. Il vasto materiale è ora per la maggior parte digitalizzato e accessibile via Internet. La loro consultazione è (ancora oggi) indispensabile per la corretta comprensione del BGB.

Abstract

The Bürgerliches Gesetzbuch masterfully unites the many achievements of 19th century German civil law scholarship. This was only possible because the legislative process was given a lot of time, the drafts were put up for public discussion and the results of this discussion were incorporated into the legislative process. Today, most of the extensive materials have been digitised and are accessible via internet. Their consultation is (still) indispensable for a correct understanding of the BGB.

Bochum, aprile 2021.