

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Materiali



L'ACQUISTO *A NON DOMINO* DEI BENI MOBILI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO TRA DIRITTO GERMANICO E TEMPI MODERNI

Peter Gröschler

Abstract

[The acquisition of movable property in good faith in the German legal system between Germanic law and modern times] The current regulatory system of purchase from the non-authorized person in the German Civil Code (BGB) is a combination of various historical elements, some of which are contradictory. The BGB attempts to reconcile these elements even though this cannot be achieved completely. Nevertheless, the more than 120 years since the BGB came into effect show that it is a functioning regulation.

Key words:

Purchase from non-authorized persons, *bona fides*, *iusta causa*, *res furtiva*

Vol. 7 (2020)





L'acquisto *a non domino* dei beni mobili nell'ordinamento tedesco tra diritto germanico e tempi moderni

Peter Gröschler*

Il regolamento attuale dell'acquisto *a non domino* nel Codice civile tedesco non è altro che una combinazione di elementi vari, in parte, anche contrastanti. Nonostante ciò, si tratta di un regolamento funzionante, come dimostra il fatto che, in oramai più di 120 anni dall'entrata in vigore del BGB – nonostante le critiche in dottrina non si siano mai ammutolite – il legislatore non ha pensato a una modifica dell'attuale regime dell'acquisto *a non domino*.

Il BGB segue un modello che tende a riconciliare diverse correnti e ciò spiega perché il regolamento attuale non riesce a escludere ogni incoerenza. Bisogna anche prendere in considerazione che per la questione dell'acquisto *a non domino* un regolamento “perfetto” in senso idealistico non sembra possibile, dato che gli interessi coinvolti sono in gran parte contrapposti e quindi incompatibili. Si tratta – ovviamente – dell'interesse del proprietario di non perdere la sua proprietà, dell'interesse opposto del terzo acquirente di acquisire la proprietà, e, non da ultimo, dell'interesse del traffico e del commercio, che consiste nella sicurezza e nella rapidità della circolazione dei beni.

1. Il trasferimento di beni mobili secondo l'ordinamento tedesco

Nel Codice civile tedesco, l'acquisto dall'avente dritto, cioè dal proprietario stesso, è regolato dal § 929 BGB.

§ 929 BGB

¹Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. (...)

¹Per il trasferimento della proprietà di una cosa mobile è necessario che il proprietario consegni la cosa all'acquirente e che entrambi siano d'accordo che la proprietà si debba trasferire. (...)

* Peter Gröschler è Professore ordinario di Diritto civile e di Diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza della Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Germania). Per i preziosi suggerimenti linguistici l'autore ringrazia la stud. iur. Teresa Balduzzi (Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”).
Indirizzo mail: groeschler@uni-mainz.de

Peter Gröschler, L'acquisto *a non domino* dei beni mobili nell'ordinamento tedesco...

Secondo il § 929, 1° periodo, del BGB occorrono tre requisiti, cioè la consegna della cosa, l'accordo astratto tra alienante e acquirente sul trasferimento della proprietà all'acquirente e la proprietà dell'alienante.

Per l'acquisto *a non domino*, il legislatore tedesco sostituisce, tramite il § 932, 1° comma, il terzo requisito del § 929, cioè la legittimazione dell'alienante, con la buona fede dell'acquirente.

§ 932 BGB (1° comma)

¹Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. (...)

¹L'acquirente diviene proprietario attraverso un trasferimento effettuato secondo il § 929 anche quando la cosa non appartiene all'alienante, a meno che egli al tempo nel quale, secondo detta disposizione, avrebbe dovuto acquistare la proprietà, non era in buona fede. (...)

Questa sostituzione è, dal punto di vista della tecnica legislativa, senz'altro un'operazione microchirurgica, dal punto di vista degli interessi coinvolti si tratta, invece, di una decisione legislativa fondamentale.

Della buona fede il § 932, 2° comma, del BGB dà una definizione negativa: non è in buona fede, chi sa che l'alienante non è proprietario o chi lo ignora in seguito a colpa grave.

§ 932 BGB (2° comma)

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

L'acquirente non è in buona fede, quando gli è noto, o gli è ignoto in seguito a colpa grave, che la cosa non appartiene all'alienante.

Nel § 932, 1° comma, del BGB il legislatore tedesco fa riferimento al requisito della buona fede con le parole chiave “es sei denn” (“a meno che”), che segnalano un'eccezione rispetto alla situazione considerata dalla legge come normale. In questo modo il § 932 BGB contiene una presunzione della buona fede dell'acquirente. In altre parole: l'onere della prova è a carico del proprietario, che fa valere che il terzo acquirente non avrebbe agito in buona fede. Diversamente dal Codice civile italiano, nel BGB si trova un secondo strato normativo, a prima vista nascosto, che contiene un regolamento implicito dell'onere della prova. Nel Codice civile italiano, invece, la presunzione della buona fede dell'acquirente è espressamente stabilita nell'art. 1147, 3° comma¹. Grazie alla presunzione della buona fede il BGB – non diversamente dal Codice civile italiano – considera l'acquisto *a non domino* come il caso standard.

D'altra parte – e in questo sta sicuramente la differenza più rilevante rispetto all'ordinamento italiano – il BGB pone anche un importante limite all'acquisto di buona fede: secondo il § 935 BGB, 1° comma, un tale acquisto è escluso quando la cosa è stata rubata al proprietario, in caso di smarrimento o anche di qualsiasi altra forma di spossessamento involontario.

¹V. anche Cass., Sez. 2 civ., Ordinanza n. 6007 del 28/02/2019 (Rv. 652931-01), secondo la quale all'acquirente è sufficiente provare di aver acquistato il possesso in base a titolo astrattamente e potenzialmente idoneo al trasferimento della proprietà (art. 1153 c.c.), mentre spetta all'avversario dimostrare l'eventuale mala fede al momento della consegna *a non domino*.

§ 935 BGB

(1) Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. (...)

(2) Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung oder in einer Versteigerung nach § 979 Absatz 1a veräußert werden.

(1) L'acquisto della proprietà in base ai §§ da 932 a 934 non avviene, quando la cosa è stata rubata al proprietario, questi l'ha smarrita o l'ha altrimenti perduta. (...)

(2) Questa disposizione non si applica al denaro o ai titoli al portatore, nonché alle cose che sono alienate in un'asta pubblica oppure in un'asta secondo il § 979, comma 1-a.

L'elemento decisivo per l'eccezione del § 935 BGB, 1° comma, è l'involontarietà dello spossessamento. Nel 2° comma del § 935 BGB, si trova – per così dire – “l'eccezione dell'eccezione”: In caso di denaro, di titoli al portatore oppure di cose alienate in un'asta pubblica l'acquisto *a non domino* è più forte dell'ostacolo della perdita involontaria della cosa.

Per dare un quadro completo del regolamento dell'acquisto *a non domino* nel BGB bisogna tener conto anche di una restrizione indiretta che riguarda l'acquisto a titolo gratuito. Ovviamente, per il trasferimento della proprietà secondo il BGB il titolo, nel senso di un valido rapporto obbligatorio, non ha rilevanza diretta. Nel BGB vale il principio d'astrazione e questo significa che l'efficacia dell'acquisto della proprietà non dipende da una causa ovvero da un valido rapporto obbligatorio. Perciò, per quanto riguarda il trasferimento della proprietà al terzo acquirente di buona fede, nell'ordinamento tedesco non si può parlare della regola “en fait de meubles possession vaut titre” (“in fatto di mobili possesso vale titolo”) che si trova nell'art. 2276, 1° comma, del Codice civile francese. Il titolo non è, come si evince dal § 929 BGB, requisito per il trasferimento della proprietà. Ma ciò, ovviamente, non vuol dire che il titolo nel BGB non giochi nessun ruolo. Il titolo valido è importante per la questione dell'arricchimento senza causa. Un acquisto senza valido titolo dev'essere restituito secondo le norme sull'arricchimento senza causa, cioè secondo i §§ 812 ss. BGB. Di solito l'acquisto *a non domino* è un acquisto definitivo e, quindi, non attaccabile tramite le norme sull'arricchimento senza causa. Solo in questo senso, cioè per quanto riguarda la questione dell'arricchimento senza causa, anche in Germania ci si può riferire alla regola “possesso vale titolo”: L'acquisto di buona fede produce una *insta causa* per cui il terzo acquirente è protetto anche contro un'azione di arricchimento senza causa da parte del proprietario precedente.

Fa eccezione, però, l'acquisto *a non domino* a titolo gratuito, come risulta dal § 816 BGB.

§ 816 BGB (1° comma)

(...) ²Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung [sc. zur Herausgabe] denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.

(...) ²Se l'atto dispositivo è compiuto a titolo gratuito, la medesima obbligazione [sc. alla restituzione] grava su colui che ne consegue direttamente un vantaggio giuridico.

L'acquirente di buona fede che acquista a titolo gratuito deve, quindi, restituire la cosa. Ciò significa, in concreto, che l'acquirente di buona fede non deve solo ridare al proprietario precedente la cosa che ha acquistato, ma deve anche restituirgli la proprietà. Ci vuole, quindi, un nuovo atto traslativo, cioè il trasferimento della proprietà al proprietario precedente tramite il § 929 BGB.

Ci sono, quindi, due “linee rosse” con cui il BGB limita l'acquisto *a non domino*. Il primo limite all'acquisto *a non domino* è lo spossessamento involontario (§ 935, 1° comma, del BGB), il secondo limite, che risulta dalle norme sull'arricchimento senza causa, è l'acquisto a titolo gratuito (§ 816, 1° comma, del BGB).

2. Lo sviluppo storico dell'acquisto *a non domino*

Da parte della scuola germanistica è stato affermato che il BGB, con l'acquisto *a non domino*, seguirebbe il diritto germanico-tedesco.² Questo punto di vista è forse influenzato dai pregiudizi nazionalisti dell'800 e dell'inizio del '900.³ Anche in tempi più recenti si trovano ancora dei pareri simili, espressi anche da parte di romanisti.⁴

Per quanto riguarda il diritto germanico, si è naturalmente ancora lontani da un acquisto *a non domino*. Al centro si trova ancora la repressione della violenza privata. Tramite la cosiddetta “Anfangsklage” con la quale si poteva rivendicare una cosa, veniva sostituita l'autodifesa incontrollata con un procedimento formale. Dietro la parola “Anfang” c'è l'idea di “afferrare” la cosa ritrovata in una forma solenne, per poter dare inizio al processo tra le parti.⁵

La teoria tradizionale presume che, inizialmente, l'“Anfangsklage” offrisse la possibilità di rivendicare una cosa solo in caso di furto o addirittura solo in caso di rapina, mentre in un secondo momento sarebbe bastata una qualsiasi forma di spossessamento involontario.⁶ Se invece il possesso non fosse andato perso in modo involontario, ma volontariamente, come per esempio nel caso del comodato, dove il comodante consegna la cosa al comodatario e cede così il possesso di sua volontà, l'“Anfangsklage” non sarebbe stata applicabile e dunque sarebbe venuta meno ogni possibilità di rivendicazione. Per la presunta limitazione dell'“Anfangsklage” ai casi di spossessamento involontario manca, però, il necessario riscontro nelle fonti.⁷ In particolare nelle *leges barbarorum*, per

²V. per es. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I 2, F. Enke, Stuttgart, 1868 (rist. Scientia, Aalen, 1973), p. 820; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. II, Leipzig, 1905, p. 561 s., che parla, però, di una “Umbildung” (di un “rimaneggiamento”) del vecchio diritto.

³Così H. J. WIELING, *Sachenrecht*, vol. I, 2ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 2006, p. 362.

⁴V. per es. A. SÖLLNER, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten in romanistischer Sicht*, in N. HORN (a cura di), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1982, 363, p. 368, secondo cui le radici dell'istituto dell'acquisto *a non domino* sarebbero da cercare nel diritto germanico tedesco.

⁵Cfr. D. WERKMÜLLER, in A. CORDES, H. LÜCK, D. WERKMÜLLER, R. SCHMIDT-WIEGAND (a cura di), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. I, 2ª ed., E. Schmidt, Berlin, 2008, s.v. “Anfang”, r. 228 s.

⁶V. E. MEISTER, *Fabrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht*, in *Festschrift für Adolf Wach*, vol. III, F. Meiner, Leipzig, 1913 (rist. Scientia, Aalen, 1970), 403, p. 428-430; U. VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand, Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7.-10. September 1955*, F. Vahlen, Berlin/Frankfurt a.M., 1955, p. 177; H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2ª ed., C. F. Müller, Karlsruhe, 1962, p. 166, 432 s.; L. MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1968, p. 45-51; D. WERKMÜLLER, in A. ERLER, E. KAUFMANN (a cura di), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. I, E. Schmidt, Berlin, 1971, s.v. “Anfang”, r. 160 s.; H. MITTEIS, H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 19ª ed., C. H. Beck, München 1992, p. 40, 308.

⁷V. E. ANNERS, *Hand wahre Hand, Studien zur Geschichte der germanischen Fabrnisverfolgung*, C. Bloms, Lund, 1952, p. 14-38 (per il diritto nord-germanico); W. OGRIS, in *HRG I* (cit. n. 6), s.v. “Hand wahre Hand”, r. 1931-1934; ID., *HRG I*, 2ª ed. (cit. n. 5), s.v. “Hand wahre Hand”, r. 699 s.; A. VÖLKL, *Der Verkauf der fremden Sache im Westgotenrecht*, in *ZSS (RA)* 110 (1993) 427, p. 439 s.; T. GÖHLERT, *Der Erwerb unterschlagener*

esempio nel *Codex Euricianus* (circa 475 d.C.), ma anche nella *Lex Salica* (circa 500 d.C.), nella *Lex Ribuarica* (circa 630 d.C.) e nella *Lex Baiuvariorum* (circa 740 d.C.) non si trova traccia del requisito dell'involontarietà. Queste *leges*, anzi, attestano che l' "Anefangsklage" non viene applicata solo nel caso del furto, ma anche quando una cosa altrui è venduta in modo illecito.⁸ Si evince, innanzitutto, dalla *Lex Ribuarica*⁹ che non è richiesto necessariamente un furto, ma che basta la vendita della cosa in modo illecito, cioè in base a una mera defraudazione della cosa. Così, anche nel caso del comodatario che vende la cosa che gli è stata consegnata, il proprietario può rivendicare la cosa dal terzo acquirente.

La differenziazione tra spossessamento involontario e trasferimento volontario del possesso si trova per la prima volta nelle raccolte normative del pieno Medioevo, specialmente nello Specchio Sassone di Eike von Repgow (intorno al 1220).¹⁰

Landrecht (Diritto territoriale) II 60 § 1

Welch man deme anderen liet adir [oder] setzt [verpfändet] ein phert adir ein kleit adir ienerhande [irgendwelche] varende habe, zu welcher wiz [auf welche Weise auch immer] her de uz sinen geweren lesit mit sime willen, verkouft se der, der se in geweren hat, adir versetzt her se adir verspilt her se, adir wirt se im verstoln adir abe geroubit, ienir [jener] der se verlegen [verliehen] adir versetzt [verpfändet] hat, de en mag da keine vorderunge nach haben, ane [außer] uf den, deme her se leig [verlieh] adir vorsatzte [verpfändete].

Qualora si dà in comodato o in pegno a un'altra persona un cavallo o un vestito o qualsiasi altra cosa mobile, privandosi in qualunque modo volontariamente del possesso, se colui che ha la cosa nel suo possesso, la vende o l'oppignora o la perde al gioco, oppure gli viene tolta o rubata, colui che l'ha data in comodato o in pegno, non avrà altra azione che contro colui a cui l'ha comodata o oppignorata.

Al proprietario, quindi, che cede il possesso in modo volontario a un altro, per es. al comodatario, spetta solo l'azione personale contro quest'ultimo, mentre non può rivendicare la cosa da un terzo acquirente.¹¹

Per descrivere questa situazione, si giunge al proverbio giuridico "Hand wahre Hand" ("la mano deve garantire la mano"). Si presume che il proverbio, inizialmente, venisse usato nel senso che "la mano che prende la cosa deve garantirne la restituzione alla mano che l'ha data".¹² Ciò significa che il comodatario risponde del danno nei confronti del comodante in caso di mancata restituzione della cosa comodata. Successivamente, però, il proverbio viene capovolto e usato nel senso che "la mano che consegna la cosa deve garantirsi dalla mano che la riceve", e quindi, il comodante deve assicurarsi dalla persona del comodatario a cui consegna la cosa. In questo secondo senso il proverbio corrisponde

bzw. gestobler Sachen vom Nichtberechtigten, Untersuchungen zum römischen Recht, den Volksrechten der Westgoten, Franken und Bayern sowie der Entstehungsgeschichte von § 935 BGB, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 193 s., 250 s.

⁸V. VÖLKL, *Verkauf* (cit. 7), p. 440 s., 459-461, 498 s.; GÖHLERT, *Erwerb* (cit. 7), p. 194-232

⁹L. Rib. 72.1: ... *inlicito ordine vindedit vel furaverit.* (...)

¹⁰V. OGRIS, *HRG I* (cit. n. 6), s.v. "Hand wahre Hand", r. 1930; ID., *HRG I*, 2a ed. (cit. n. 5), s.v. "Hand wahre Hand", r. 699; VÖLKL, *Verkauf* (cit. 7), p. 440; GÖHLERT, *Erwerb* (cit. 7), p. 193

¹¹Cfr. MENGONI, *Gli acquisti* (cit. n. 6), p. 49 s.

¹²V. OGRIS, *HRG I* (cit. n. 6), s.v. "Hand wahre Hand", r. 1928 s.; ID., *HRG I*, 2a ed. (cit. n. 5), s.v. "Hand wahre Hand", r. 698 s.

al detto "Trau, schau wem!" ("Fidarsi è bene, non fidarsi è meglio!").¹³ Il proverbio viene in questo modo trasformato in una giustificazione per la mancanza dell'azione di rivendicazione. Se il comodante troppo fiducioso non riesce a riavere la sua cosa, alla fine è colpa sua.

Il proverbio "Hand wahre Hand" viene espressamente citato nello statuto di Lubeca nella sua versione riveduta del 1586.

Jus Lubecense (rev. 1586), lib. III, tit. II (De commodato)

Art. 1

Was ein Mann dem anderen lehnet, das soll er ihme unverdorben wiedergeben, oder bezahlen nach seiner Würde, wann es verlohren wäre. Verkauft, vergäbe, versetzte oder alienirte er aber das gelehnete Gut, es sey welcher Hand es wolle, so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprache wider diejenigen, welchen es verkauft, vergeben oder versetzt worden, sondern muss bey seinem Manne dem Commodatario, dem er es gelehnet, oder bey seinen Erben, auff den Todesfall bleiben, dann Hand muss Hand wahren.

Rem commodatam quisque sine vitio restituito, aut si deperdita sit, pro ea justum pretium exsolvito. Quod si commodatarius rem commodatam vendiderit, donaverit, oppignoraverit aut aliter in qualemcumque alienaverit, commodanti nulla in rem actio adversus possessorem, ad quem ex tali aliquo titulo pervenit, competit, sed cum ejusve hæredes, cum quo contraxit, convenire oportet. Quisque enim fidem, quam secutus est, seu manum cui tradidit, persequatur.

Art. 2

Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das seine ausleihe und vertraue. Dann würde es sich zutragen, dass derjenige, dem es gelehnet oder vertrauet, dasselbe verkaufte, versetzte oder sonst alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgelehnet Gut per contractum gebracht, so muss er es selbst lösen, sonst bleibet der es gekauft, oder an sich gebracht, naher dabey dann derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann da jemand seinen Glauben gelassen, da muss er ihn wiederum suchen.

Unusquisque, cui res suas commodet aut concredat, diligenter prospicito. Quod si contigerit, commodatarium, aut cui res concredata est, rem acceptam vendere oppignorare, vel aliter alienare commodator rem ab illo, ad quem per contractum transit non nisi refuso pretio recuperare potest. Alioquin potior est conditio comparantis, quam qui commodaverat. Fidem enim suam ubi quis reliquit, ibidem repetito.

Alla fine dell'art. 1 sul comodato si legge nella versione latina: *Quisque enim fidem, quam secutus est, seu manum cui tradidit, persequatur*. Nella versione tedesca, invece, appaiono le parole del proverbio giuridico: "denn Hand muss Hand wahren". In senso identico si trova la seguente espressione alla fine dell'art. 2: *Fidem enim suam ubi quis reliquit, ibidem repetito*, in tedesco: "Dann da jemand seinen Glauben gelassen, da muss er ihn wiederum suchen." Invece di "Hand wahre Hand" si parla, quindi, anche del proverbio "Wo du Deinen Glauben gelassen hast, dort sollst Du ihn suchen!" ("Dove tu hai lasciato la tua fede, ivi devi cercarla!").

¹³OGRIŠ, HRG I (cit. n. 6), s.v. "Hand wahre Hand", r. 1929; ID., HRG I, 2a ed. (cit. n. 5), s.v. "Hand wahre Hand", r. 699; B. HUWILER, *Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand, Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Eigentumserwerbs*, in C. SCHOTT, C. SOLIVA (a cura di), *Nit anders denn liebs und guets, Petershauser Kolloquium aus Anlass des achtzigsten Geburtstags von Karl S. Bader*, J. Thorbecke, Sigmaringen, 1986, p. 77 n. 21.

È chiaro che sulla base di una qualsiasi versione di questo proverbio, dal punto di vista del diritto contemporaneo non è possibile giustificare l'acquisto di buona fede. Se si guarda agli interessi individuali si giunge, invece, a una situazione di *non liquet* che non spiega l'espropriazione a cui porta l'acquisto *a non domino*.¹⁴ Così come il comodante è stato troppo fiducioso nei confronti del comodatario, è stato anche troppo fiducioso il terzo acquirente che acquista la cosa dal comodatario. Il rimprovero della eccessiva fiducia vale per il terzo acquirente allo stesso modo come per il proprietario che dovrebbe perdere la sua proprietà. Il proverbio secondo il quale “la mano deve garantire la mano” è quindi privo di ogni valore argomentativo. Tale proverbio, perciò, non può essere strumentalizzato – neppure in retrospettiva – per spiegare il fenomeno dell'acquisto *a non domino*.

L'argomento oggi maggiormente condiviso per giustificare l'acquisto *a non domino* è il perseguimento degli interessi del traffico e del commercio.¹⁵ È senz'altro utile alla certezza e alla facilità della circolazione dei beni in un sistema basato sulla divisione del lavoro, la circostanza che il terzo acquirente, presumendo sia in buona fede, riesca a diventare proprietario della cosa acquistata anche se l'alienante non era proprietario. Solo con questa decisione del legislatore a favore degli interessi del mercato può essere giustificato il sacrificio del proprietario precedente che, a causa dell'acquisto *a non domino*, perde la sua proprietà.

Fa riferimento agli interessi del mercato per la prima volta il giurista David Mevius (1609-1670) che si è espresso in questo senso nel suo commentario allo statuto di Lubeca.

David Mevius, *Commentarii in jus Lubecense libri quinque* (1642)¹⁶

Comm. ad lib. III, tit. II (De commodato), art. 1, n. 23 (p. 586)

Inde constabit exigi hanc constitutionem pro communibus commodis commerciorum securitate, nec laedere commodantis indemnitate, quae vigilantia paranda est, cum damnum non sentiat, quod ea negligentia incidit, dum beneficium in eum confert, de cuius fide certus esse non potest.

Comm. ad lib. III, tit. II (De commodato), art. 1, n. 28 (p. 586)

Quinino adjecta ratio hujus artic. in verb. *dann Hand muß Hand wahren* [poiché la mano deve garantire la mano] clare demonstrat, quod non translatio domini [sc. in commodatarium]¹⁷ sit

¹⁴Cfr. VON LÜBTOW, *Hand wabre Hand* (cit. n. 6), p. 184 s., 215-219; Zweigert RabelSZ 23 (1958) p. 14 s.; F. Peters, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, Tübingen 1991, p. 67 s.; Th. Göhlert, p. 17

¹⁵Cfr. solo PH. HECK, *Grundriß des Sachenrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1930, p. 246; M. WOLFF, L. RAISER, *Sachenrecht*, 10^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1957, p. 249 s.; K. ZWIEGERT, *Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliärerwerb*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 23 (1958) 1, p. 14; HUWILER, *Vindikationsprinzip* (cit. n. 13), p. 100; E. KARNER, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb, Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen*, Springer, Wien / New York, 2006, p. 63-64. In modo critico invece W. STINTZING, *Die Übertragung beweglicher Sachen nach deutschem bürgerlichen Recht mit Heranziehung des gemeinen und römischen Rechts*, J. Wörner, Leipzig 1911 (rist. F. Keip, Frankfurt a. M., 1970), p. 102, che fa valere che i romani antichi, nonostante la regola *ubi rem meam invenio ibi vindico*, riuscivano ad essere un “popolo importante del commercio”; cfr. anche F. PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb* J. C. B. Mohr, Tübingen, 1991, p. 72-77; WIELING, *Sachenrecht I* (cit. n. 3), p. 369; J. F. STAGL, *Gutgläubiger Fabrikerwerb als ‘sofortige Ersitzung’, Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 211 (2011) 530, p. 536 s.

¹⁶Ed. Francofurti ad Moenum 1679 [http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:byb:12-bsb11201246-2].

¹⁷Cfr. W. HINZ, *Die Entwicklung des gutgläubigen Fabrikerwerbs in der Epoche des usus modernus und des Naturrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 46.

Peter Gröschler, L'acquisto *a non domino* dei beni mobili nell'ordinamento tedesco...

causa vel ratio hujus statuti, sed habita fides, ut quis eam semel recipit, fidem semper sequatur. Cætera igitur juris civilis axiomata in hac aliisque similibus speciebus durant præter hoc solum, quod rei vindicatione non licet experiri contra quemvis possessorem ...

Comm. ad lib. III, tit. II (De commodato), art. 2, n. 5-8 (p. 587 s.)

(5) Non caret hoc ratione, uti non nullis visum est. Prospectum enim hac in re est commerciorum utilitati et securitati, cui Lubecensis Jurisprudencia contra merum jus laxè opitulatur, quia nempe ad summum Reipublicæ, cui Leges conduntur, pertineat. (6) Si enim adversus quoscunque superesset rei vindicatio, timida et incerta semper foret mercium acceptio, et inquisitio originis multas pareret difficultates et examen domini anterioris causa et occasio foret multarum litium, quibus nihil magis obstat vigori commerciorum. Ut autem unusquisque accipiens bona fide eo magis certus esset possessionis, in certis casibus permittente æquitate negata est actio. (7) Nec dominis justa querendi causa superest. Quem enim sua voluntate quis accepit debitorem, eo contentus esse debet ..., quia eum admittendo approbavit ... (8) Si fides fallitur, suæ facilitati imputare debet, quod meliorem non elegerit ... nec sentire damnum intelligitur, quod sua sentit culpa ...

Comm. ad lib. III, tit. II (De commodato), art. 2, n. 29 (p. 589)

... ratio et æquitas jubet non aliter tertium possessorem tutum esse, quam si bona fide et justo titulo domini translativo, nesciens rem alienam, sed putans alienantis esse acceperit, cum iniquum sit, aliquem ex dolo aut mala fide lucrari ... nihil interesse oneroso, an lucrativo titulo aliquis rem acceperit.

All'art. 1, n. 23 (Comm. ad lib. III, tit. II) Mevius afferma che la tutela dell'acquirente è stata introdotta *pro communibus commodis commerciorum securitate*. E in modo ancora più chiaro l'autore descrive all'art. 2, n. 6 (Comm. ad lib. III, tit. II) il rischio di una rivendicazione illimitata che porta a una *timida et incerta ... mercium acceptio*, cioè a un ostacolo alla libera circolazione dei beni. Si incontra, infatti, il problema dell'*inquisitio originis*, cioè della prova della proprietà dell'alienante, cosiddetta *probatio diabolica*. Mevius nomina inoltre lo scopo di diminuire il numero delle liti, che osta al *vigor commerciorum*.

Gli interessi del commercio non sono, però, l'unico argomento nominato da Mevius. Anche Mevius si riferisce agli interessi individuali. La perdita dell'azione di rivendicazione non arreca al comodante – così Mevius all'art. 2, n. 7 s. (Comm. ad lib. III, tit. II) – un danno ingiusto: *nec sentire damnum intelligitur, quod sua sentit culpa*. È colpa del proprietario se ha dato un beneficio a una persona non affidabile, almeno nel senso di una *culpa in eligendo (quod meliorem non elegerit)*.

È ovvio che per Lubecca, la “Regina della Lega Anseatica”, il buon funzionamento del commercio marittimo fosse di grande importanza.¹⁸ Per il ruolo particolare di Lubecca lo statuto del 1586 è diventato il modello per tante altre città del mar Baltico. Va, però, notato che nello statuto di Lubecca non si realizza ancora un vero e proprio acquisto *a non domino*, ma si giunge a una soluzione meramente processuale, nel senso che il comodante perde l'azione di rivendicazione. Manca, quindi, l'ulteriore passo dell'acquisto della proprietà. Il terzo compratore della cosa è solo tutelato contro l'azione di rivendicazione del proprietario della cosa, ma non si parla di un trasferimento della proprietà.¹⁹ Anche Mevius, all'art. 1, n. 28 (Comm. ad lib. III, tit. II), afferma che, salvo

¹⁸Cfr. HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 32.

¹⁹Cfr. HUWILER, *Vindikationsprinzip* (cit. n. 13), p. 82.

l'esclusione della rivendicazione (*rei vindicatione non licet experiri*), rimangono intatti gli assiomi del diritto civile (*juris civilis axiomata ... durant*).²⁰

Il merito pionieristico di Mevius non sta solo nell'aver per primo fatto riferimento agli interessi del commercio. Nel suo commentario allo statuto di Lubecca Mevius difende anche in modo esplicito i requisiti della *bona fides* e del *iustus titulus*, introducendo in questo modo nel diritto di Lubecca elementi provenienti dal diritto romano.²¹ Soprattutto l'uso dell'espressione tecnica *justo titulo* rende probabile che si tratti di un influsso dell'usucapione romana.²² Ed è magari proprio il modello dell'*usucapio* romana la ragione per cui Mevius non fa differenza tra titolo oneroso e titolo gratuito.

È possibile giungere a una prima conclusione: l'idea di limitare l'azione di rivendicazione ai casi di spossessamento involontario, che sta dietro al proverbio giuridico "Hand wahre Hand", non può essere qualificata come un'eredità del diritto germanico, in quanto essa appare per la prima volta nelle raccolte normative del Basso Medioevo. I requisiti della *bona fides* del terzo acquirente e del *iustus titulus* per tale limitazione provengono, invece, dal diritto romano.

Lo statuto di Lubecca, all'art. 2, contiene un ulteriore elemento che ancora oggi si trova per esempio nell'art. 2277, 1° comma, del Codice civile francese e nell'art. 934, 2° comma, di quello svizzero. Si tratta del cosiddetto "Lösungsrecht", del "diritto al rimborso", nel senso di un rimborso del prezzo pagato per la cosa. L'idea è che il proprietario può rivendicare la cosa nei confronti di un terzo acquirente in buona fede solo contro il rimborso del prezzo che quest'ultimo ha pagato per la cosa. È chiaro che il "diritto al rimborso" si trova a uno stadio preliminare rispetto a un vero e proprio acquisto *a non domino*. La regola *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* rimane, sebbene solo formalmente, intoccata, e lo stesso vale per la regola *ubi rem meam invenio ibi vindico*. Da un punto di vista economico, invece, il "diritto al rimborso" è già molto vicino a un acquisto *a non domino*. Il proprietario che deve rimborsare il prezzo pagato perde di regola il valore della cosa. In altre parole: il valore della cosa, se corrisponde al prezzo pagato, viene assegnato al terzo acquirente. Il "diritto al rimborso" per il proprietario della cosa è solo in certi casi meno svantaggioso dell'acquisto *a non domino*. Ovviamente, quando il valore della cosa supera il prezzo pagato dal terzo acquirente, ma anche nei casi di un interesse immateriale del proprietario. Un tale interesse può, per esempio, riguardare un'opera d'arte o altri oggetti di valore affettivo. In casi del genere il "diritto al rimborso" offre al proprietario almeno la possibilità di riottenere la cosa perduta, anche se deve rimborsare il prezzo al terzo acquirente.

Nello statuto di Lubecca troviamo l'idea del rimborso del prezzo nell'art. 2: *commodator rem ab illo, ad quem per contractum transit non nisi refuso pretio recuperare potest*. Diversamente dall'art. 2277, 1° comma, del Codice civile francese e dall'art. 934, 2° comma, di quello svizzero ("Schweizerisches Zivilgesetzbuch") il proprietario, però, non aveva nessuna azione contro l'acquirente di buona fede. Nello statuto di Lubecca, molto probabilmente, si tratta solo di un appello al proprietario e al terzo acquirente di trovare un accordo sulla

²⁰V. HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 46-48.

²¹Cfr. HUWILER, *Vindikationsprinzip* (cit. n. 13), p. 81; VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 193; HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 43 s., 64-67.

²²Cfr. VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 190.

Peter Gröschler, L'acquisto *a non domino* dei beni mobili nell'ordinamento tedesco...

restituzione della cosa contro il rimborso del prezzo pagato.²³ Quando il proprietario e il terzo acquirente non riescono ad accordarsi, la cosa rimane nelle mani del terzo acquirente secondo la regola “Hand wahre Hand”.

Un “diritto al rimborso” nel senso che il proprietario può pretendere dal terzo acquirente la restituzione della cosa contro il rimborso del prezzo pagato si trova invece nel privilegio concesso dall'imperatore Enrico IV di Franconia in due *Edicta* del 1090 alle comunità ebraiche di Spira e di Worms.

Edicta in favorem Judaeorum (1090)²⁴

Si autem res furtiva apud eos inventa fuerit, si dixerit Judaeus se emisse, iuramento probet secundum legem suam, quanti emerit, et tantundem recipiat et rem ei, cuius erat, restituat.

Il privilegio si riferisce a cose rubate che un ebreo come terzo acquirente doveva restituire solo contro il rimborso del prezzo che ha pagato per la cosa rubata.²⁵ L'imperatore voleva, ovviamente, privilegiare gli ebrei nella loro funzione di “commercianti per eccellenza”.²⁶ Ciò spiega perché tale privilegio, più tardi, venne esteso anche ai commercianti lombardi che erano attivi al nord delle alpi.²⁷

Nei tempi del nazismo in Germania il privilegio dei commercianti ebrei è stato sfruttato per la propaganda antisemitica. In un fascicolo del 1937 della rivista “Ricerche per la questione ebraica” in un saggio intitolato “Il diritto alla ricettazione degli ebrei e dei lombardi”, l'autore rinviene nel privilegio degli ebrei una prova delle “macchie del carattere del popolo ebraico”²⁸ e continua: “La separazione degli ebrei dalla popolazione indigena e dal suo diritto era voluto da loro. Volevano essere e rimanere degli stranieri non solo in senso politico, ma anche nel loro modo di vivere. ... Gli ebrei ottenevano odio e persecuzione da parte del popolo dal quale si separavano per sfruttarlo.”²⁹ In questo modo il privilegio del 1090 è stato decontestualizzato e abusato – come anche il privilegio dell'usura – come un elemento per giustificare l'antisemitismo e, alla fine, anche la persecuzione degli ebrei.

Anche se, diversamente dal Codice civile francese e dallo “Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, il “diritto al rimborso” oggi non è più presente nell'ordinamento tedesco (e neanche in quello italiano), esso giocò un ruolo importante per lo sviluppo dell'acquisto *a non domino* in Germania. Un grande passo avanti fu il Codice prussiano del

²³Cfr. VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 191; A. VÖLKL, *Das Lösungsrecht von Lübeck und München, Ein Beitrag zur Geschichte der Fahnisverfolgung*, Böhlau, Wien, 1991, p. 54 s.; HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 33-39.

²⁴D. VON GLADISS, A. GAWLIK (a cura di), *Monumenta Germaniae Historica (MGH), Diplomata Regum et Imperatorum Germaniae*, Tomus VI, *Heinrici IV. Diplomata*, Hahnsche Buchhandlung, Hannover, 1941-1978, n. 411, r. 36 s., p. 546; n. 412, r. 41-43, p. 548 [http://www.mgh.de/dmgh/resolving/MGH_DD_H_IV_2_S_546; http://www.mgh.de/dmgh/resolving/MGH_DD_H_IV_2_S_548].

²⁵Per l'espressione *secundum legem suam* v. G. KISCH, *Forschungen zur Rechts- und Sozialgeschichte der Juden in Deutschland während des Mittelalters*, Kohlhammer, Stuttgart, 1955, p. 123-128.

²⁶Così A. CORDES, in A. CORDES, H. LÜCK, D. WERKMÜLLER, R. SCHMIDT-WIEGAND (a cura di), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. III, 2a ed., E. Schmidt, Berlin, 2016, s.v. “Lösungsrecht”, r. 1054.

²⁷Cfr. E. WADLE, in A. ERLER, E. KAUFMANN (a cura di), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, vol. II, E. Schmidt, Berlin, 1978, s.v. “Hehlerprivileg”, r. 37 (al più tardi nel XIV sec.).

²⁸H. MEYER, *Das Hehlerrecht der Juden und Lombarden*, in *Forschungen zur Judenfrage* 1 (1937) 92, p. 104.

²⁹MEYER, *Das Hehlerrecht* (cit. n. 28), p. 108.

1794, in quanto, per la prima volta, non solo prevede l'esclusione della rivendicazione per tutelare il terzo acquirente, ma consentì un vero e proprio acquisto *a non domino*.

Codice prussiano (“Preußisches Allgemeines Landrecht” – PrALR, 1794)

p. I, tit. X PrALR (Dell'acquisto derivativo della proprietà)

§ 3. Auch der mit einem solchen Titel versehene neue Besitzer erlangt das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe, der Regel nach nur alsdann, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt worden, selbst Eigenthümer gewesen ist. (tit. XV §§ 42 sqq.).

§ 3. Anche il nuovo possessore munito di tale titolo acquista la proprietà della cosa tramite consegna di regola solo quando il dante causa che gli ha trasmesso il possesso era proprietario della cosa. (tit. XV §§ 42 sqq.).

p. I, tit. XV PrALR (Della rivendica della proprietà)

§ 24. Wer die entfremdete Sache zwar redlicher Weise, aber unentgeltlich, an sich gebracht hat, muß sie gleichergestalt unentgeltlich dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer verabfolgen.

§ 24. Chi si è impossessato in buona fede, ma a titolo gratuito, di una cosa alienata, è tenuto a restituirla in modo ugualmente gratuito al legittimo proprietario o possessore.

§ 25. Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache, von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben;

§ 25. Chi ha acquisito da una persona insospettabile e a titolo oneroso il possesso di una cosa smarrita dal legittimo proprietario o possessore, è comunque tenuto a restituirla;

§ 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben, oder geleistet hat, fordern.

§ 26. Egli, però, in compenso può chiedere il rimborso di tutto ciò che ha dato o prestato in cambio della cosa.

...

...

§ 42. Sachen, die von dem Fisko, oder bey öffentlichen Versteigerungen erkauf worden, sind keiner Vindikation unterworfen.

§ 42. Le cose comprate dall'erario o in aste pubbliche non sono soggette a rivendicazione.

§ 43. Ein Gleiches gilt von Sachen, die in den Läden solcher Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, erkauf worden.

§ 43. Lo stesso vale per le cose comprate nei negozi dei mercanti che appartengono alla gilda.

...

...

§ 45. Baares cursirendes Geld kann gegen einen redlichen Besitzer nicht zurück gefordert werden, wenn selbiges auch noch unvermischt und unversehrt, in dem Beutel oder anderem Behältnisse, in welchem es vorhin gewesen ist, gefunden werden sollte.

§ 45. Denaro contante in corso non può essere chiesto in restituzione, anche se esso fosse trovato non ancora mescolato e integro nel sacchetto o in un altro contenitore in cui si trovava già prima.

...

...

§ 47. Obige Vorschriften (§§ 45 sq.) gelten auch von den auf jeden Inhaber lautenden Papieren und Urkunden, so lange dieselben nicht außer Cours gesetzt werden.

§ 47. Le disposizioni precedenti (§§ 45 sq.) valgono anche per titoli e documenti al portatore, finché essi non sono messi fuori corso.

Come punto di partenza il Codice prussiano si basa ancora al § 3, tit. X, p. I, sulla regola *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*: l'acquisto della proprietà presuppone “di regola” che l'alienante sia proprietario della cosa.

Un acquisto *a non domino* è previsto, però, per cose comprate da mercanti della gilda oppure in un'asta pubblica, nonché per quanto riguarda il denaro contante, come si evince dai §§ 42, 43 e 45, tit. XV, p. I PrALR). A queste ipotesi si aggiunge il caso di acquisto di una cosa dall'erario (§ 42, tit. XV, p. I PrALR), facendosi così seguito a una costituzione dell'imperatore Zenone (474-491 d.C.), la cosiddetta *constitutio Zenoniana*, che ci è tramandata nel Codex Iustinianus (C. 7.37.2) e alla quale fanno riferimento anche le Istituzioni di Giustiniano:³⁰

Inst. Iust. 2.6.14

(...) *constitutio autem divae memoriae Zenonis bene prospexit his qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, sive conveniantur sive experiantur ...*

Chi acquista dall'erario ottiene subito, cioè senza usucapione e senza *longi temporis praescriptio*, una posizione sicura, nel senso che nessuno può rivendicare la cosa nei confronti dell'acquirente. Inoltre, si dà all'acquirente anche un'azione, come risulta dall'espressione *sive experiantur* in Inst. Iust. 2.6.14 e anche dalla parafrasi di Teofilo.³¹ L'esclusione dell'azione di rivendicazione come soluzione processuale anticipatrice dell'istituto dell'acquisto *a non domino* si trova, quindi, già nel diritto romano postclassico per quanto riguarda gli acquisti dall'erario.

Nel Codice prussiano i §§ 42, 43 e 45, tit. XV, p. I, prevedono, a rigor di termini, solo l'esclusione dell'azione di rivendicazione. L'acquisto della proprietà risulta, però, dal § 3, tit. X, p. I PrALR. La norma, alla fine, fa riferimento ai §§ 42, 43 e 45, tit. XV, p. I, nel senso che essi vanno intesi come eccezione alla regola del § 3. La regola secondo la quale si acquista la proprietà solo dal proprietario stesso non vale, quindi, nei casi di cui ai §§ 42, 43 e 45.³²

I suddetti paragrafi non prevedono alcuna eccezione all'acquisto *a non domino* per il caso in cui l'oggetto consista in cose rubate.³³ In questo dettaglio si rinviene, quindi, un parallelismo con il regolamento attuale dell'art. 1153, 1° comma, del Codice civile italiano.

Per l'acquisto da un privato, cioè da una persona che non svolge attività commerciale, nei §§ 25 e 26, tit. XV, p. I PrALR è previsto il "diritto al rimborso". L'azione di rivendicazione rimane intatta, ma il terzo acquirente, se è in buona fede, può richiedere al proprietario il rimborso del prezzo che ha pagato per la cosa. Ciò vale anche se si tratta di una cosa rubata, come risulta dal § 25, tit. XV, p. I PrALR che parla di una "cosa smarrita dal legittimo proprietario o possessore". È ovvio che il "diritto al rimborso"

³⁰Cfr. VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 197; G. KLINGENBERG, *Das Edictum divi Marci de rebus alienis a fisco distractis*, RIDA 34 (1987) 181, p. 185-190.

³¹Theophil. inst. 3.21 (J. H. A. LOKIN, R. MEIJERING, B. H. STOLTE, N. VAN DER WAL [a cura di], *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Chimaira, Groningen, 2010, 2.6.14 l. 9 s. [p. 258]; C. FERRINI [a cura di], *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgato tributa*, vol. I, S. Calvary, Berlin, 1884 [rist. Scientia, Aalen, 1967], p. 137 l. 14 s.): *καί, εἴτε ἐνάγεται εἴτε ἐνάγει, τὴν καλλίονα αὐτὸν ἀποφέρεσθαι ψῆφον*. V. anche KLINGENBERG, *Das Edictum* (cit. n. 30), p. 189 n. 26.

³²H. DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. I, 5^a ed., Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1894, p. 578, parla in vista di p. I, tit. XV, §§ 42, 43 e 45 PrALR di casi eccezionali, "in cui la buona fede dell'acquirente sostituisce il mancante diritto del dante causa"; cfr. anche VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 197; HUWILER, *Vindikationsprinzip* (cit. n. 13), p. 92; HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 224-227.

³³Cfr. HINZ, *Entwicklung* (cit. n. 17), p. 220 s., con ulteriore letteratura.

spetta al terzo acquirente solo nei casi di un acquisto a titolo oneroso, come precisato anche nel suddetto § 25. Chi acquista a titolo gratuito non paga alcun prezzo che potrebbe poi essere rimborsato.

Il Codice civile universale austriaco del 1811 fa un passo in più e ammette al § 367, 1° comma, l'acquisto *a non domino* anche da una persona che non svolge attività commerciale.

Codice civile universale austriaco (“Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch” – ABGB, 1811)

§ 367, 1° comma, ABGB

Die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. Der Anspruch des vorigen Eigentümers auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere Personen bleibt unberührt.

L'azione di rivendicazione di una cosa mobile non ha luogo contro il legittimo possessore di buona fede, allorché provi di averla acquistata a titolo oneroso o in un'asta pubblica o da un imprenditore nell'esercizio regolare dell'attività commerciale o da qualcuno a cui sia stata affidata la cosa dal precedente proprietario. In questi casi il legittimo possessore di buona fede acquista la proprietà. Resta salvo il diritto del precedente proprietario al risarcimento del danno contro il suo fiduciario o contro altre persone.

Per evitare ogni dubbio, il § 367, 1° comma, ABGB parla espressamente dell'acquisto della proprietà: “In questi casi il legittimo possessore di buona fede acquista la proprietà.” Non si tratta, quindi, solo dell'esclusione dell'azione di rivendicazione. Nel caso dell'acquisto da un imprenditore nell'ambito dell'esercizio regolare di un'attività commerciale si prevede l'acquisto *a non domino* anche per quanto riguarda le cose rubate. Il requisito che il proprietario precedente deve aver affidato la cosa all'alienante, requisito con cui si esclude i casi di spossessamento involontario, si riferisce esclusivamente ai rapporti non commerciali (“da qualunque”). Ci vuole, però, in ogni caso un acquisto a titolo oneroso.

Franz von Zeiller nel suo commentario al Codice civile universale giustifica il superamento della regola *ubi rem meam invenio ibi vindico* con gli interessi del commercio, ma fa anche riferimento – in modo opinabile – agli interessi individuali.

Francesco de Zeiller, Commentario sopra il Codice civile universale austriaco, trad. Francesco de Calderoni, vol. II, sez. prima, G. Geistinger, Venezia 1815, p. 110 s.

A favore di questa eccezione milita la sicurezza del commercio importantissima nell'umana società, come altresì la colposa trascuratezza del proprietario, ed il contegno non colposo, aperto, ed appoggiato alle pubbliche provvidenze di quello che l'ha acquistata o la possiede, ed in conseguenza il principio, che il colpevole dee portare il danno anziché la persona innocente, e che il caso fortuito va a carico del proprietario.

L'idea che l'acquirente di buona fede sia meno in colpa del proprietario non è convincente al giorno d'oggi. Lo stesso vale per il ricorso alla regola *casum sentit dominus*, che si potrebbe anche applicare, analogamente, a sfavore del terzo acquirente, nel senso che il caso colpisce non il proprietario precedente, bensì quello futuro.

Per il regolamento dell'acquisto *a non domino* nel Codice civile tedesco fa da modello il Codice generale di commercio (“Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch” –

Peter Gröschler, L'acquisto *a non domino* dei beni mobili nell'ordinamento tedesco...

ADHGB) del 1861, il quale anche in altri settori si può qualificare come precursore del BGB.

Codice generale del commercio tedesco (1861)

Art. 306 ADHGB

(1) Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. (...)

...

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.

Art. 307 ADHGB

Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung ... nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren.

(1) Allorché merci o altre cose mobili siano alienate e consegnate da un commerciante nella sua azienda commerciale, l'acquirente di buona fede ne acquista la proprietà, anche qualora l'alienante non fosse proprietario. La proprietà conseguita precedentemente si estingue. (...)

...

(4) Questo articolo non trova applicazione se le cose sono state rubate o smarrite.

L'art. 306, 1° comma, ADHGB prevede espressamente, come già il Codice civile universale austriaco, un acquisto della proprietà del terzo acquirente di buona fede e non solo l'esclusione dell'azione di rivendicazione nei confronti del terzo acquirente. La questione era discussa e la soluzione non solo processuale, ma di diritto materiale, nel senso dell'acquisto della proprietà, è stata approvata dalla commissione legislativa, a parità di voti dei suoi membri, solamente grazie al voto decisivo del presidente della commissione, l'austriaco Franz Ritter von Raule.³⁴

Non si fa più riferimento, come dimostrano i protocolli della commissione legislativa, agli interessi individuali e, in particolare, manca il richiamo alla *culpa in eligendo* del proprietario precedente. Per respingere la regola *ubi rem meam invenio ibi vindico*, per la commissione legislativa sono decisivi esclusivamente gli interessi del commercio: "Nessun commerciante potrebbe star tranquillo se il sistema romano della *rei vindicatio* trovasse un maggiore riconoscimento pratico."³⁵

3. Lo sviluppo della disciplina nel Codice civile tedesco

La commissione preparatoria per il BGB ("Vorkommission") del 1874, che aveva il compito di elaborare delle proposte fondamentali per la codificazione, decise di non prendere a modello il *Code civil* francese.³⁶ Non sarebbe stato del tutto escluso orientarsi

³⁴Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Protokoll DXLVIII-DLXXXIX, W. Thümmel'sche Officin, Nürnberg 1861, p. 4611. Cfr. anche L. GOLDSCHMIDT, *Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR)* 9 (1866) 1, p. 43; HUWILER, *Vindikationsprinzip* (cit. n. 13), p. 98 con n. 166.

³⁵Protokolle der Commission (cit. n. 34), p. 4608.

³⁶W. SCHUBERT (a cura di), *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien*, W. de Gruyter, Berlin / New York, 1978, p. 171.

verso il diritto francese considerato il fatto che nelle zone a sinistra del Reno e nella regione del Baden il *Code civil* francese era diritto vigente, cosicché il Secondo Senato per il diritto civile della Corte di Cassazione a Lipsia, il cosiddetto “Senato renano”, applicava il diritto francese. Il *Code civil* francese, nell’800, faceva, quindi, in realtà già parte dell’ordinamento tedesco. Ma la Francia era all’epoca considerata – e lo sarebbe stata fino alla prima e alla seconda guerra mondiale – il “nemico secolare” (“Erbfeind”) della Germania. Questi rapporti difficili tra i due paesi escludevano una “ricezione” del diritto francese in Germania a livello nazionale.

La commissione preparatoria dava, quindi, il consiglio di partire dal *diritto comune* come fondamento del diritto civile e di analizzare in che misura ci volessero delle deroghe.³⁷ La questione dell’acquisto *a non domino* fu espressamente lasciata aperta, assegnandola ai lavori iniziali della prima commissione.³⁸

Reinhold Johow, il redattore del disegno preparatorio del terzo libro del BGB sul diritto delle cose, già nella sua prima proposta alla commissione principale optava per un “diritto al rimborso”.

Proposte di Johow alla commissione principale nel 1875³⁹

(1) Der Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache steht dem Eigenthümer gegen Jeden zu, der ihm dieselbe vorenthält.

(2) Der redliche Erwerber ist zu der Herausgabe nur verpflichtet gegen Erstattung dessen, was er für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet hat.

(1) Il diritto di rivendicare una cosa mobile spetta al proprietario nei confronti di chiunque lo privi di questa.

(2) L’acquirente di buona fede è tenuto alla restituzione solo a fronte del rimborso di ciò che ha dato o prestatato per l’acquisto della cosa.

Il punto di partenza è sempre la regola *ubi rem meam invenio ibi vindico*, ma tramite il “diritto al rimborso” dell’acquirente di buona fede Johow si avvicina, per quanto riguarda il risultato economico, a un acquisto *a non domino*. Con riferimento al regolamento del Codice prussiano Johow si esprime a favore di una tutela dell’acquirente anche in caso di acquisto di una cosa rubata.⁴⁰ Per lo scopo della tutela del terzo acquirente e degli interessi del traffico è indifferente, come rileva Johow, in quale modo il proprietario ha perso il possesso della cosa.

Il disegno preparatorio per il diritto delle cose, presentato da Johow nel 1880, ammette al § 135 un vero acquisto *a non domino*, ma solo per casi particolari come l’acquisto in un’asta pubblica o nel caso di denaro contante o di titoli al portatore. Per altre situazioni l’acquirente di buona fede è, invece, limitato al “diritto al rimborso”⁴¹ che si trova al § 186 del disegno preparatorio.

³⁷SCHUBERT, *Materialien* (cit. n. 36), p. 170 s.

³⁸SCHUBERT, *Materialien* (cit. n. 36), p. 177 s.: “Zu den einleitenden und grundlegenden Arbeiten der [sc. ersten] Kommission gehört insbesondere die vorläufige Verständigung ... darüber ..., ob das römische oder das germanische Vindikationssystem für Fahrhabe zu befolgen ... sei.”

³⁹H. H. JAKOBS, W. SCHUBERT (a cura di), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I*, §§ 854-1017, W. de Gruyter, Berlin / New York, 1985, p. 53.

⁴⁰JAKOBS, SCHUBERT, *Sachenrecht I*, §§ 854-1017 (cit. n. 39), p. 55 s.

⁴¹WIELING, *Sachenrecht I* (cit. n. 3), p. 365, parla in modo equivoco di un “diritto al rimborso delle spese” (“in Form eines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen”).

Disegno preparatorio per il diritto delle cose⁴²

§ 135

Auch bei mangelndem Eigentum des Veräußerers erlangt der redliche Erwerber das Eigentum der ihm übergebenen Sache,

1. wenn er dieselbe in einer öffentlichen Versteigerung erstanden hat ...

2. wenn Geld oder Papiere auf Inhaber Gegenstand der Veräußerung sind ...

Anche in mancanza della proprietà dell'alienante l'acquirente di buona fede ottiene la proprietà della cosa che gli è stata consegnata,

1. quando l'ha acquistata in un'asta pubblica...

2. quando l'alienazione ha per oggetto denaro o titoli al portatore...

§ 186

Der Gegenanspruch des Inhabers einer beweglichen Sache erstreckt sich, wenn er dieselbe in gutem Glauben an das Eigentum des Veräußerers in übrigens rechtsgültiger Weise erworben hat, auch auf die Erstattung dessen, was er für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet hat, ...

Il controdiritto del detentore di una cosa mobile, se l'ha acquistata essendo in buona fede circa la proprietà dell'alienante in modo altrimenti valido, si estende anche al rimborso di ciò che ha dato o prestato per l'acquisto della cosa, ...

La prima commissione, nel Primo disegno del BGB, ha sostituito, almeno in parte, il "diritto al rimborso" con l'acquisto di buona fede. Infatti, nel § 877 del Primo disegno l'acquisto di buona fede è previsto come la soluzione standard, cioè non solo per oggetti particolari, come denaro e titoli al portatore, o per casi eccezionali, come l'alienazione in un'asta pubblica.

Primo disegno del BGB

§ 877

Wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache war, der Erwerber aber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerb nicht gekannt, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so erlangt der Erwerber ... das Eigentum. (...)

Se l'alienante non era proprietario della cosa, ma l'acquirente ignorava questa circostanza al momento dell'acquisto, e la sua ignoranza, inoltre, non è dipesa da colpa grave, allora l'acquirente acquista... la proprietà. (...)

§ 879

(...) ²Sie [sc. die Vorschriften der §§ 877, 878] finden ferner keine Anwendung, wenn die veräußerte Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hatte, aus deren Innhabung gekommen ist, es sei denn, daß Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung einer anderen Sache mittels öffentlicher Versteigerung ... bewirkt ist.

(...) ²Esse [sc. le disposizioni dei §§ 877, 878] non trovano applicazione neppure quando la cosa alienata è stata rubata o smarrita o è uscita in altro modo, senza la volontà del proprietario o di quello che la deteneva per il medesimo, dalla loro detenzione, a meno che non sia stato alienato denaro o un titolo al portatore, ovvero l'alienazione sia stata effettuata ... mediante asta pubblica.

§ 939, 1° comma

Hat der Besitzer einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nichteigentümer übertragen ist, das Eigentum an derselben

Se il possessore di una cosa mobile che gli è stata trasferita dal non proprietario, non ne ha acquistato la proprietà soltanto in base alle

⁴²R. JOHOW, *Sachenrecht, Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum*, W. SCHUBERT (a cura di), W. de Gruyter, Berlin / New York, 1982, p. 22.

nur auf Grund der im § 879 Satz 2 enthaltenen Vorschriften nicht erworben, so kann er von dem Eigentümer Ersatz desjenigen fordern, was er für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat, jedoch nur bis zur Höhe des Wertes, welchen die Sache zur Zeit der Herausgabe nach Abzug der von dem Eigentümer zu ersetzenden Verwendungen hat.

disposizioni contenute nel § 879, 2° periodo, egli può chiedere dal proprietario il rimborso di quello che ha pagato o ha ancora da pagare all'alienante per l'acquisto della cosa, tuttavia solo fino all'ammontare del valore che la cosa ha nel momento della restituzione, detratte le spese che il proprietario deve rimborsare.

Anche se gli interessi del traffico e del mercato sono già tutelati in larga misura tramite il “diritto al rimborso”, previsto nel disegno preparatorio di Johow, con l'acquisto di buona fede il Primo disegno favorisce ancora di più la circolazione dei beni. La prima commissione si distanzia espressamente da una sua deliberazione preliminare, nella quale optava ancora in linea di massima per il modello del diritto romano e ammetteva un acquisto *a non domino* solo in casi eccezionali.⁴³ Per il nuovo orientamento la prima commissione fa espressamente riferimento al modello dell'acquisto di buona fede nel Codice generale di commercio del 1861 (ADHGB).⁴⁴

Come già l'art. 306, 4° comma, dell'ADHGB, anche il Primo disegno del BGB esclude, nel § 879, l'acquisto di buona fede di cose rubate, smarrite o altrimenti andate perse. Fanno eccezione, secondo tale paragrafo solo il denaro, i titoli al portatore e le cose alienate in un'asta pubblica, per i quali prevale l'acquisto di buona fede, anche se si tratta di cose rubate, smarrite o altrimenti perdute. Nei casi in cui è escluso l'acquisto di buona fede, il Primo disegno ricorre, nel § 939, 1° comma, al “diritto al rimborso”, limitato al valore della cosa nel momento della sua restituzione. In base a questo, sebbene la cosa alienata sia stata rubata o andata perduta, il proprietario è tenuto a rimborsare il prezzo che il terzo acquirente ha pagato per la cosa. Il regolamento del Primo disegno è, quindi, ancora molto vicino al concetto del disegno preparatorio di Johow, che altrettanto prevede un “diritto al rimborso” nel caso dell'alienazione di una cosa rubata o smarrita.

La modifica decisiva, in merito a questo punto, risale alla seconda commissione che elimina il § 939 del Primo disegno e rinuncia con ciò al “diritto al rimborso”, anche per quanto riguarda cose rubate o smarrite. La seconda commissione adotta qui, come già la prima commissione, le deliberazioni della commissione legislativa del Codice generale di commercio (ADHGB).⁴⁵ Già per l'ADHGB non si ritenne necessario introdurre in modo generale un “diritto al rimborso” per tutelare gli interessi del traffico. Inoltre, la seconda commissione vede la possibilità che il “diritto al rimborso” per cose rubate o smarrite favorisca la ricettazione e il possessore di mala fede.

Una seconda modifica importante, introdotta dalla seconda commissione, riguarda l'onere della prova: secondo il § 877 del Primo disegno l'onere della prova della buona fede gravava ancora sull'acquirente. L'acquirente doveva provare i requisiti del § 877, tra i quali

⁴³JAKOBS, SCHUBERT, *Sachenrecht I*, §§ 854-1017 (cit. n. 39), p. 72 s., 598.

⁴⁴*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. III, J. Guttentag, Berlin / Leipzig, 1888, p. 343 s. (= B. MUGDAN [a cura di], *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. III, R. von Decker, Berlin, 1899, p. 190 s.); JAKOBS, SCHUBERT, *Sachenrecht I*, §§ 854-1017 (cit. n. 39), p. 598 s.

⁴⁵V. MUGDAN, *Materialien*, vol. III (cit. n. 44), p. 693.

anche il presupposto della buona fede. La seconda commissione, invece, adotta la disposizione che oggi si trova nel § 932 del BGB.⁴⁶ Ivi, come già descritto, con l'espressione "a meno che" ("es sei denn") l'onere della prova viene assegnato al proprietario, che fa valere la mancanza della buona fede del terzo acquirente. In questo modo l'acquisto di buona fede diventa la conseguenza che la legge prevede per il caso standard.

Con le due modifiche importanti che consistono nella rinuncia al "diritto al rimborso" e nell'inversione dell'onere della prova della buona fede, il regime del secondo disegno è, in sostanza, già identico al regolamento definitivo nei §§ 932, 935 del BGB. La giustificazione dell'acquisto di buona fede, che porta alla conseguenza che il proprietario perde il suo diritto reale, risiede per la seconda commissione esclusivamente nella tutela degli interessi del traffico e del mercato.⁴⁷ Mantenendo l'eccezione dell'acquisto di buona fede di cose rubate o smarrite ed escludendo un "diritto al rimborso" in questi casi, il secondo disegno, nonché il BGB, pongono un importante limite alla tutela degli interessi del traffico e del mercato, dando la preferenza, nei casi di spossessamento involontario, all'interesse del proprietario.

4. Critica del BGB e conclusioni

La soluzione del BGB non è stata mai modificata, nonostante abbia sollevato numerose critiche. Queste si spingono fino all'espressione di dubbi sulla legittimità costituzionale dell'acquisto di buona fede.⁴⁸ In modo molto polemico si esprime Karl Binding che considera l'acquisto di buona fede l'istituto più inadatto pensabile per i tempi moderni.⁴⁹ Secondo Binding, "un popolo che tratta la proprietà in modo talmente incosciente, merita di provare sulla propria pelle il diritto che ha creato".⁵⁰ Wolfgang Stintzing parla perlomeno di una "espropriazione ingiusta".⁵¹ A favore dell'abolizione dell'acquisto di buona fede si esprime anche von Lübtow⁵² che ritiene equipollenti gli interessi del proprietario e quello del terzo acquirente e crea, secondo il modello del proverbio giuridico *in pari causa possessoris melior condicio habeatur* (C. 4.7.2), la nuova versione: *in pari causa condicio domini melior est quam condicio bonae fidei possessoris*.⁵³ Anche altri vorrebbero dare preferenza all'interesse del proprietario alla continuità del suo diritto reale e non, invece,

⁴⁶V. sopra, prima di n. 1.

⁴⁷V. MUGDAN, *Materialien*, vol. III (cit. n. 44), p. 631.

⁴⁸Così F. PETERS, *Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1991, p. 78, 83-85, 115-124; D. NEUNDÖRFER, *Die Bedeutung des Vertrauens bei den Gutgläubigkeitsvorschriften*, P. Lang, Frankfurt a.M. 1998, p. 343 s., 393 s. Per la legittimità costituzionale, invece, J. HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, C. H. Beck, München 1990, p. 75-87; L. LEUSCHNER, *Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB*, in *Archiv für die zivilistische Praxis* (AcP) 205 (2005) 205, p. 226-245.

⁴⁹K. BINDING, *Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, Kritische Betrachtungen eines Kriminalisten*, W. Engelmann, Leipzig, 1908, p. 10.

⁵⁰BINDING, *Ungerechtigkeit* (cit. n. 49), p. 11 s.

⁵¹STINTZING, *Übertragung beweglicher Sachen* (cit. n. 15), p. 102.

⁵²Cfr. soprattutto VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 208-224.

⁵³Così VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 228.

alla tutela della fiducia del terzo acquirente.⁵⁴ Altri ancora si esprimono per una limitazione dell'acquisto di buona fede ai rapporti commerciali.⁵⁵

Secondo vari autori, soprattutto la disposizione del § 935 BGB, con la sua differenziazione tra spossessamento involontario e consegna volontaria, non troverebbe giustificazione.⁵⁶ Per una tutela coerente dei traffici bisognerebbe applicare l'acquisto di buona fede anche nei casi di spossessamento involontario.⁵⁷

In realtà, il regime dei §§ 932, 935 BGB non sembra una combinazione arbitraria dei due poli contrastanti, cioè dell'interesse del proprietario di non perdere la sua proprietà e degli interessi del traffico e del mercato per quanto riguarda la sicurezza e la rapidità della circolazione dei beni. Si può, invece, parlare di un compromesso legislativo tra l'interesse alla conservazione dello *status quo* del proprietario e gli interessi del traffico e del mercato.⁵⁸ Il legislatore non dà la preferenza assoluta a uno dei due interessi, ma giunge a un regolamento differenziato: in un primo momento vengono favoriti gli interessi del traffico e del mercato con la disciplina dell'acquisto di buona fede e la presunzione della buona fede dell'acquirente di cui al § 932 del BGB. Questa decisione legislativa in favore degli interessi del mercato vale, però, solo nel caso in cui il proprietario della cosa non abbia perso il suo possesso in modo involontario. Infatti, nei casi di furto, smarrimento o di qualsiasi altra forma di spossessamento involontario sono preferiti gli interessi del proprietario, come risulta dal § 935, 1° comma, del BGB. Tale norma prevede un'eccezione alla regola dell'acquisto di buona fede. Se si tratta, invece, di denaro, titoli al portatore o cose alienate in un'asta pubblica, si giunge all' "eccezione dell'eccezione" del 2° comma del § 935 BGB. In questi casi, il legislatore dà di nuovo la preferenza agli interessi del mercato, anche se si tratta di cose rubate o smarrite. Il criterio dello spossessamento involontario o del trasferimento volontario del possesso non appare discrezionale agli occhi di chi scrive. Il proprietario che è vittima di un furto o perde involontariamente il possesso in qualche altro modo è senz'altro più degno di protezione di una persona che abbandona il possesso *sua sponte*. È vero che anche nel caso del furto e dello smarrimento della cosa si realizza un rischio che il proprietario dovrebbe cercare di controllare ed evitare,⁵⁹ ma con ciò non viene meno la differenza sostanziale tra spossessamento involontario e voluto abbandono del possesso. Dietro questa differenziazione non sta, quindi, una decisione discrezionale, ma una valutazione perlomeno comprensibile del legislatore.

La pietra di paragone per il regolamento dell'acquisto di buona fede è sicuramente il settore del traffico di oggetti d'arte e beni culturali. È proprio questo il settore in cui la questione dell'acquisto *a non domino* ha un'alta rilevanza pratica. Il § 935, 1° comma, del BGB gioca, per esempio, un ruolo importante per quanto riguarda la restituzione di oggetti d'arte che vennero espropriati sotto il regime nazista in Germania. Questi casi di

⁵⁴Così H. HÜBNER, *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes – dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff. BGB*, Universitätsbund Erlangen e.V., Erlangen 1955, p. 86-88

⁵⁵Così ZWEIGERT, *Rechtsvergleichend-kritisches* (cit. n. 15), p. 17; WOLFF, RAISER, *Sachenrecht* (cit. n. 15), p. 250.

⁵⁶V. MEISTER, *Fahrnisverfolgung* (cit. n. 6), p. 408-412, 482-484; VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 225; WIELING, *Sachenrecht I* (cit. n. 3), p. 367-369.

⁵⁷Così WIELING, *Sachenrecht I* (cit. n. 3), p. 368.

⁵⁸Cfr. J. WILHELM, *Sachenrecht*, 6ª ed., W. de Gruyter, Berlin / Boston 2019, p. 554.

⁵⁹Cfr. VON LÜBTOW, *Hand wahre Hand* (cit. n. 6), p. 221-224; PETERS, *Entzug des Eigentums* (cit. n. 48), p. 76; WIELING, *Sachenrecht I* (cit. n. 3), p. 369.

espropriazione oggi vengono giustamente considerati come casi di spossessamento involontario, anche se si trattava, formalmente, di una alienazione voluta, ma condizionata da minacce o addirittura da violenza. La corte di cassazione parla di casi in cui la volontà di abbandonare il possesso si forma sostanzialmente a causa di una pressione insopportabile.⁶⁰ Un acquisto di buona fede di cose espropriate sotto il regime nazista sarebbe stato un risultato inaccettabile per la Germania del dopoguerra e avrebbe portato, probabilmente, a un intervento del legislatore. Così, invece, la funzionalità del § 935 del BGB è confermata dall'esperienza pratica. La disciplina dei §§ 932, 935 BGB sembra, quindi, una decisione legislativa opportuna, soprattutto se si prende in considerazione il difficile conflitto degli interessi coinvolti.

⁶⁰*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (BGHZ) 4 (1952), 10, p. 39: "wenn der Wille zur Besitzaufgabe im wesentlichen unter dem Druck unerträglich werdender Störungen gefaßt wird".

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
